

SOCIÉTÉS COMMERCIALES ET CONTRAT DE TRAVAIL ENTRE EPOUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 3 Mars 1939, à 13 heures 30

PAR

Paul MARABOUT

JURY { *Président : M. MOREL, professeur.*
 { *Suffragants* { MM. CASSIN { *professeurs*
 HAMEL }

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON & C^{ie}

158-160, Rue Saint-Jacques

1939



Digitized by the Internet Archive,
in 2026.

https://archive.org/details/IA41547910_0026

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

SOCIÉTÉS COMMERCIALES ET CONTRAT DE TRAVAIL ENTRE EPOUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 3 Mars 1939, à 13 heures 30

PAR

Paul MARABOUT

JURY { *Président : M. MOREL, professeur.*
 *Suffragants { MM. CASSIN
 HAMEL } professeurs*

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON & C^{ie}

158-160, Rue Saint-Jacques

1938



INTRODUCTION

SOMMAIRE. — Avant-propos. L'évolution de la situation juridique de la femme mariée, sous l'influence des faits économiques et sociaux, à Rome, puis dans notre Ancien Droit, enfin depuis le Code Civil, au point de vue de la puissance maritale et de l'incapacité civile de l'épouse. Conclusion.

Il n'existe aucune institution qui n'ait subi des transformations. L'évolution se rencontre dans les mœurs, dans la pensée, dans la nature tout entière. Le Droit lui aussi a évolué ; il a subi les modifications lentes et graduelles auxquelles doivent se soumettre toutes les choses qui vivent.

L'école des Philosophes du ^{xviii}^e siècle a soutenu que le droit positif ne devrait être en réalité, que l'application des règles idéales du droit naturel, ce dernier n'étant lui-même que le produit de la raison pure. Le droit naturel est, par son essence, immuable et universel.

A l'encontre, l'école historique et Savigny ont vu, dans le droit positif, l'expression des circonstances historiques, géographiques, sociales et économiques du milieu dans lequel évolue une nation.

Cette seconde conception est plus près de la réalité ; il suffit, pour le prouver, de considérer l'influence des faits sur des institutions qui, nées il y a des siècles, ont constitué, pendant longtemps, le fondement de notre droit familial, et ont disparu à peu près complètement de nos jours : la puissance maritale et l'incapacité civile de la femme mariée.

Dans les premiers âges de la Rome antique, les manifestations de la vie familiale étaient représentées par la « gens ». Outre les cadres religieux, juridique et politique, la gens était aussi et surtout un cadre social et économique. On n'en est encore qu'au stade de l'économie domestique fermée. La « gens » produit elle-même tout ce qui lui est nécessaire pour l'alimentation, l'habillement, l'armement de ses membres. L'acte de commerce n'est qu'un accident.

Le « princeps » est le chef et sous sa domination tous les autres membres du groupement se trouvent égaux. La femme n'avait ni plus ni moins de droits que les enfants, les clients, les esclaves, car ce qui formait les liens de la famille était d'ordre purement religieux : « La femme n'y est vraiment comptée qu'autant que la cérémonie sacrée du mariage l'a initiée au culte... les clients, les esclaves eux-mêmes font partie de la famille car ils sont associés au culte » (1).

On comprend que, dans ce milieu, la femme n'ait pu ni évoluer ni améliorer sa situation sociale. Elle n'en avait d'ailleurs ni le désir, ni le besoin, ni la possibilité. Il fallait que des événements importants vinssent du dehors de la « gens » pour briser sa structure trop ferme et trop rigide. Ces événements furent, pour une grande part, les conquêtes territoriales de Rome et leur corollaire : l'évolution économique accompagnée de la naissance et de l'expansion de l'individualisme.

Le développement territorial de Rome, à partir du III^e siècle, l'accroissement de ses richesses, la transformation du régime semi-agricole semi-pastoral en régime agricole, l'extension de l'économie urbaine caractérisée par la nais-

(1) Fustel de Coulanges : « La Cité Antique », Livre II, Chap. I.

sance et la prospérité des petits métiers, firent naître des appétits de jouissance et d'indépendance.

L'apparition de la « domus » eut pour effet économique de réduire le cadre d'activité du groupe qui ne put vivre sur son seul travail ; les échanges se développèrent considérablement. Rome fut le centre d'un afflux important de métaux précieux. Les richesses mobilières se développèrent ; elles eurent des répercussions sur l'instabilité des fortunes.

Ces transformations économiques eurent des conséquences directes en ce qui concerne les rapports familiaux. Les liens qui unissaient les membres de l'ancienne « gens » étaient trop rigides et étroits pour permettre à l'individualisme de se donner libre cours. L'autorité du « pater familias » s'effrita peu à peu.

Ce mouvement se caractérisa juridiquement, en ce qui concerne les rapports familiaux de la femme, par l'extension des mariages « sine manu » qui, au VII^e siècle furent à peu près les seuls en usage ; déjà l'incapacité de la femme n'a plus le caractère impérieux des anciens temps. Etudions l'évolution relative aux rapports des biens entre mari et femme. A l'origine, les femmes mariées se trouvaient dans la « familia » sous la « manus » de leur mari, à la condition toutefois que ce dernier fut lui-même « sui juris ». Au cas contraire elle tombait sous la « manus » du « pater familias » du mari. La femme avait donc dans la famille, un rang qui dépendait de la situation familiale du mari ; elle était considérée vis-à-vis de ce dernier comme sa propre fille : « loco filiae » (1).

(1) Girard : « Manuel », 7^e Edition, pages 155 et suivantes.

Ed. Cuq : « Manuel », pages 166 et suivantes.

Collinet et Giffard : « Précis de Droit Romain », t. I, éd. 1926.

La « manus » n'était autre qu'une forme de puissance dérivée d'un droit de propriété. Les conséquences juridiques qui en découlaient étaient strictes et rigoureuses. Le « pater familias » devenait propriétaire des biens de sa femme si elle était « sui juris » (1) ou de la dot qui était remise à sa femme si cette dernière était « allieni juris ».

Lorsque les mariages « cum manu » firent place aux mariages « sine manu » la situation économique de la femme s'améliora. Le principal résultat, dans le domaine qui nous occupe, fut de laisser la femme propriétaire de ses biens.

Dépuis le v^e siècle, le rôle social de la femme pouvait ainsi s'affirmer mais, pour des raisons qui sont encore controversées, la liberté qui lui était accordée se restreignit. On vit apparaître certaines incapacités ayant pour but de refreiner l'influence trop considérable que pouvaient prendre certaines femmes. La plus célèbre de ces incapacités est formulée par le sénatus consulte Velleien (en 46 après J. C.). Cette interdiction s'explique par l'état économique de Rome à cette époque. Lorsque, s'appliquant à toutes les femmes, cette incapacité vit son domaine se réduire aux seules femmes mariées, la décadence économique faisait déjà sentir ses effets. Beaucoup de maris cherchaient à augmenter leur crédit en faisant intervenir leurs épouses dans les actes juridiques qu'ils passaient.

A la fin de l'Empire Romain, le mari, dans la pratique administrait les biens dotaux et les paraphernaux de sa femme. De là, la création de l'inaliénabilité de la dot, de l'hypothèque légale, reconnues à la femme pour lui permettre de sauvegarder ses intérêts.

(1) Gaius: 2, 90.

Quant à la tutelle à laquelle, à l'origine, toute femme « sui juris » était soumise, elle subit également une évolution importante sous la pression des faits sociaux (1).

On commença par lui reconnaître la capacité de faire, sans tuteur, les actes n'ayant pas le caractère des « actus legitimus ». Dans les domaines où l'on ne put faire disparaître cette tutelle complètement, on tourna la difficulté par le truchement des tuteurs de complaisance. On reconnut à la femme le droit de forcer son tuteur à lui donner « l'auctoritas ». La femme pouvait aussi remplacer son tuteur par un autre de son choix (2). La loi Claudia, au 1^{er} siècle après J. C., supprima la tutelle des agnats et toute la tutelle de la femme fut abolie en 410 par Théodose et Honorius.

A la fin de l'Empire Romain, la puissance maritale est bien réduite. La capacité de la femme mariée est reconnue depuis longtemps. Les faits sociaux économiques et intellectuels ont obligé les règles juridiques à se transformer.

*
* *

Cette évolution, nous la retrouvons dans notre Ancien Droit, mais elle ne fut jamais aussi prononcée qu'à Rome. La femme resta étroitement soumise à l'autorité maritale et son incapacité ne disparut pas complètement. Le régime politique et économique, l'influence des idées religieuses ne permirent pas à l'individualisme de se manifester aussi nettement qu'à Rome.

La Gaule, après avoir été conquise par César, adopta les institutions de Rome ; ces dernières luttèrent avec les apports

(1) Girard : *op. cit.*, pages 231 et s.

Cug : *op. cit.*, pages 220 et s.

(2) Gaius : 1, parag. 115.

germaniques lors des invasions ; ils se pénétrèrent mutuellement. L'élément germanique domina au Nord ; l'élément romain subsista au Sud, dans les pays dits de droit écrit.

La famille germanique était unie par des liens très étroits. L'individu comptait peu. La famille était toute puissante. Son autorité était prédominante. Economiquement, elle se suffisait à elle-même comme l'ancienne « gens ».

Alors qu'à Rome, l'évolution du droit, sous l'influence des mœurs, aboutit à l'époque classique, à un individualisme très net, le droit coutumier resta longtemps assujéti aux idées anciennes de la prédominance familiale. Le patrimoine de la famille fut soumis à une protection spéciale. Des institutions naquirent, ou se développèrent, pour sauvegarder son intégrité : la « *laudatio parentum* », le retrait lignager, la théorie des propres et des acquêts, la règle « *paterna paternis, materna maternis* », la règle Donner et retenir ne vaut, la réserve coutumière...

Dans le Haut Moyen Age, la propriété privée n'avait pas le caractère de la propriété privée à la romaine. C'était une propriété familiale dans laquelle le chef de famille jouait plutôt le rôle de gérant que celui de propriétaire. Son devoir était de transmettre à la génération future, le patrimoine de la famille. Les grandes communautés familiales se développèrent. C'est le régime économique fermé où aucun progrès social n'est vraiment possible. Les transactions sont réduites. Les villes ne peuvent prospérer dans l'état d'insécurité perpétuelle dans lequel elles se trouvent.

La renaissance commerciale date du *x^e* siècle ; c'est l'époque des croisades ; le crédit se répand, les opérations maritimes s'accroissent, les villes s'épanouissent ; les conditions économiques s'imposent de plus en plus ; elles com-

mandent la division des biens en meubles et immeubles (1) et en règlent l'importance (2). Les meubles et les fortunes mobilières commencent, en effet, à s'accroître. L'argent et les métaux précieux se répandent. Les biens fonds conservent, d'autre part, leur primauté. Tout l'édifice féodal est d'ailleurs, bâti sur la terre. Le commerce est prospère, le régime corporatif s'étend à l'industrie. Toute la société est sévèrement hiérarchisée.

Dans des conditions semblables, les progrès de l'individualisme sont pénibles. La femme est soumise étroitement à l'autorité de son mari. Cette autorité est sanctionnée par un droit de correction souvent sévère (3) qui prend sa source dans l'ancien « mundium » germanique, légèrement tempéré par l'influence de l'Eglise (4).

(1) Les Romains connaissaient déjà la division des biens en meubles et immeubles, mais cette classification n'avait pas reçu, à Rome, des applications nombreuses. Les principales conséquences étaient les suivantes : Le « furtum » n'était applicable qu'aux meubles. La mancipation et l'usucapion ne suivaient pas les mêmes règles s'il s'agissait d'un meuble ou d'un immeuble...

(2) Beaumanoir note, dans la coutume du Beauvaisis, chapitre XXVII « queus choses sont meubles et queus choses sont éritage ».

(3) Article 82 de l'ancienne coutume de Bragerac : « Aucun ne peut être convenu en action d'injures pour avoir frappé sa femme, d'autant qu'il semble le faire pour bon zèle, et pour châtiment de correction sinon que l'injure fut si atroce qu'il y eut mort, mutilation ou fraction de membres ou que la dite injure ait été faite avec armes émolues ». Coutumier Général de Richebourg, t. 4, page 1025.

On dit également, dans la coutume du Beauvaisis que le mari a le droit de battre sa femme « sans mort et sans méhaing quand elle dément son baron ou maudist ou quand elle ne veut obéir à ses resnables commandemens que prode femme doit fere ». Beaumanoir : « Coutumes du Beauvaisis », Ed. Beugnot, t. 2, p. 333.

(4) Pothier : « Traité de la Puissance du Mari », 1^{re} partie, art. 1 : « La puissance du mari sur la personne de sa femme consiste, par le

L'incapacité de la femme est amoindrie. Alors que ses droits étaient pratiquement nuls à l'époque franque on lui reconnaît maintenant la possibilité d'engager la communauté lorsqu'elle agit dans son rôle normal de ménagère. Mais elle ne peut engager les biens du ménage sans l'autorisation du mari. Cette incapacité est une conséquence de son état de femme mariée. Pothier nous dit : « La nécessité de l'autorisation du mari n'est fondée que sur la puissance que le mari a sur la personne de sa femme qui ne permet à sa femme de ne rien faire que dépendamment de lui » (1) et Guy Coquille ajoute que : « ce n'est pas inhabilité qui soit en la personne d'elle, comme si c'était un pupille ou un furieux, mais en considération de la puissance maritale au préjudice de laquelle la femme ne peut contracter » (2).

Ce qui lui fut interdit, dans la plupart des coutumes, c'est de contracter avec son mari à titre onéreux : « Le mari, durant le mariage, ne peut faire aucune association, donation ou autre contrat avec sa femme, enfants de la dite femme, d'autre lit, ni autres ezquels elle doive ou puisse succéder immédiatement », art. 226, chapitre 20, Coutume

droit naturel, dans le droit qu'à le mari d'exiger d'elle tous les devoirs de soumission qui sont dus à son supérieur », mais en revanche le mari est obligé « d'aimer sa femme, de supporter ses défauts, de faire de son mieux pour les corriger par les voies de douceur ». Pothier : « Traité du contrat de mariage », partie 5, chap. 1, art. 1.

Voir également : Le Fèvre : « Droit des gens mariés » et « la famille en France ».

Morizot-Thibaut : « L'autorité maritale ».

Vialleton : « L'autorité maritale sur la personne de la femme », Thèse, Montpellier 1919.

(1) Pothier : « Traité de la puissance du mari », nos 2-3.

(2) G. Coquille : « Coutume du Nivernais », chap. XXIII, art. 1.

du Bourbonnais. « Gens mariés constant leur mariage, ne peuvent contracter au profit l'un de l'autre, ni eux avantager par contrat entre vifs sinon par don mutuel en meubles et conquêts, quand ils n'ont aucun enfant et sont franchises personnes... », art. 27, chap. 23 de la Coutume du Nivernais.

« Gens mariés ne peuvent céder, donner ou transporter l'un à l'autre quelque chose que ce soit, ni faire contrats ou concessions, par lesquels les biens de l'un viennent à l'autre, en tout ou partie, directement ou indirectement », art. 410, chap. 15 de la Coutume de Normandie.

Cependant, dans son article 411, la Coutume de Normandie apporte une exception grave au principe posé par l'article 410. Cet article, en effet, permet à la femme de recevoir un remploi des biens de son mari.

Ce que l'on recherche, c'est toujours la sauvegarde du patrimoine familial ; on autorise parfois les contrats entre époux, lorsque le bien familial ne peut en souffrir. Ainsi, la Coutume de Bourgogne permettait aux époux de contracter entre eux avec le consentement des héritiers présomptifs (1). De même, on trouve dans la Coutume d'Auvergne : « la femme durant le mariage, ne peut faire à son préjudice aucune association, donation, ni autre contrat avec son mary et au profit d'iceluy ou d'autre à qui le mari puisse ou doive succéder » (2). Il était défendu à la femme de se dépouiller au profit de son mari, mais elle pouvait contracter lorsque seul le mari supportait un préjudice.

L'idée de la conservation des biens dans la famille subsista toujours sous l'ancien Régime. Toutefois, elle s'atténua. Les exceptions des Coutumes se firent de plus en

(1) Coutumes de Bourgogne, chap. IV, art. 7.

(2) Coutumes d'Auvergne, chap. XIV, art. 46.

plus nombreuses et l'autorisation des contrats à titre onéreux entre époux finit par devenir quasi générale (1).

Les mœurs et les pratiques de pays de droit écrit avaient exercé aussi une influence sur les Coutumes. On sait que, suivant la tradition romaine, la femme avait ici, pleine capacité (2). Celle-ci était tempérée légèrement par l'incapacité Velléienne basée sur une idée de faiblesse naturelle de la femme.

Les conceptions germaniques et romaines se pénétrèrent et une certaine confusion en découla dans les conséquences que l'on tirait de cette incapacité.

A la fin de l'Ancien Régime, la soumission de la femme à l'autorité maritale, l'incapacité de la femme mariée n'avaient pas évolué d'une façon pratiquement appréciable depuis 5 siècles. Les idées religieuses, les mœurs, le régime économique et politique de toute cette époque créèrent une atmosphère peu propice à une émancipation de la femme. Le xix^e siècle allait préparer cette transformation et le xx^e siècle l'accomplir.

*
**

Cambacérès, dans son projet de Code Civil de 1793 supprimait radicalement la puissance maritale. Les rédacteurs du Code Civil, au contraire, consacrèrent cette institution. On y a vu l'influence personnelle de Bonaparte (3).

(1) Guillouard : « Traité de la vente », t. 1, n° 145.

(2) Desmares : « de coutumes la femme est en puissance de son mari, autrement est de droit écrit ».

(3) Bonaparte portait sur la femme des jugements sévères. Roguin, dans « Le mariage », page 181, cite cette phrase de Bonaparte : « La femme est semblable à l'arbre fruitier qui, produisant des fruits, est la propriété du jardinier ». Et Thibaudeau rapporte dans ses « Mémoires sur le Consulat » ces paroles du 1^{er} Consul : « La nature a fait de nos

mais il convient, croyons-nous, de voir dans la suppression de cette réforme une vive réaction contre la grande liberté des mœurs qui se manifesta sous le Directoire.

Le Code Civil est laconique en ce qui concerne la puissance maritale. On ne rencontre cette expression que dans l'article 1388 : « les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme... ». Il ne fait aucun doute, cependant que cette institution soit admise par les rédacteurs du Code Civil. L'article 213 ancien seul suffirait à le prouver : «... la femme doit obéissance à son mari ».

Le fondement de la puissance maritale, dans le Code Civil, est d'ailleurs assez imprécis. On sait que, selon les Coutumes, qui suivaient en cela la tradition germanique, la puissance maritale prenait sa source dans l'antique « mundium ». La femme était soumise à son mari en raison même de son état de femme mariée.

Au xvi^e siècle, lors de la renaissance des études romaines, les recherches sur l'incapacité de la femme firent apparaître une notion nouvelle. On apprit qu'à Rome, l'incapacité était basée sur l'état de faiblesse naturelle de la femme « fragilitas sexus ».

Dans les auteurs français des xvi^e et xvii^e siècles ces deux principes se trouvent concurremment.

Les auteurs du Code Civil, tout imprégnés des théories juridiques de l'Ancien Droit, introduisirent les deux fondements dans les articles du Code Civil ; de là un certain

femmes nos esclaves. Le mari a le droit de dire à sa femme : Madame vous ne sortirez pas ; Madame, vous n'irez pas à la comédie ; Madame, vous ne verrez pas telle ou telle personne ; c'est-à-dire, Madame, vous m'appartenez corps et âme.

manque d'unité dans les conséquences qu'ils en tirèrent. Le mari a-t-il un devoir de protection vis-à-vis de sa femme, ou est-il son maître ?

La puissance maritale, telle que l'admet le Code de 1804, a évolué. Cette institution n'est pas strictement définie dans le Code, et c'est peut-être un bien. Cela permet aux mœurs d'influencer plus directement les solutions juridiques. Le droit de correction qui était reconnu sous l'Ancien Régime a disparu. Un arrêt de la Cour de Chambéry, à la fin du xix^e siècle l'a pourtant admis (1). Mais la Cour de Cassation s'est nettement prononcée en sens contraire. Les mauvais traitements infligés par un mari à sa femme constituent aujourd'hui des sévices qui justifient une demande de séparation de corps ou de divorce (2).

Les conséquences de la puissance maritale deviennent de plus en plus libérales. On reconnaît que la femme puisse jouir d'une certaine liberté dans ses relations, dans ses correspondances (3).

La femme peut manifester une grande autonomie de volonté dans le choix de sa nationalité lorsqu'elle épouse un étranger.

La décadence de la puissance maritale sous l'influence des mœurs est générale. Elle a été sanctionnée par la loi dans quelques pays (4). Le Code italien de 1865 ne parle plus du devoir d'obéissance de la femme. En France, ce

(1) Chambéry, 4 mai 1872; D. 73.2.129; S. 73.2.217.

(2) Civil 15 décembre 1896; D. 97.1.420.

(3) Trib. Seine 1870; D. 70.3.40; S. 70.2.158.

(4) En Belgique, on a proposé d'établir un état d'égalité entre les époux. « Avant projet de révision du Code Civil », t. 1, pages 424 et suivantes. Laurent.

devoir vient de disparaître du Code Civil par la loi du 18 février 1938.

Une des principales conséquences de la puissance maritale, l'incapacité civile de la femme mariée, elle aussi, a subi de graves atteintes depuis le troisième quart du XIX^e siècle. Des lois successives sont venues restreindre le domaine de cette incapacité :

La loi du 9 avril 1881 donne aux femmes mariées le droit de déposer et de retirer, dans les Caisses d'Epargne, des fonds, sans l'autorisation de leurs maris.

La loi du 20 juillet 1886 (article 20, 4^e al.) permet aux femmes mariées, quel que soit le régime de leur contrat de mariage, de faire des versements sans l'assistance de leurs maris, dans les Caisses Nationales de retraite pour la vieillesse.

La loi du 6 février 1893 donne à la femme séparée de corps le plein exercice de sa capacité civile.

La loi du 1^{er} avril 1898 autorise la femme mariée à s'affilier à une Société de Secours Mutuels sans l'autorisation du mari.

La loi du 13 juillet 1907 donne à la femme mariée, lorsqu'elle exerce une profession distincte de celle de son mari, un droit d'administration et de disposition sur ses biens et salaires, et sur tous les biens, meubles ou immeubles, acquis avec le produit de son travail.

La loi du 12 juillet 1909 permet à la femme mariée de constituer des biens de famille insaisissables sur les biens dont l'administration lui a été réservée. Dans son article 2, cette loi va jusqu'à, dans certains cas, obliger le mari à demander une autorisation à sa femme.

La loi du 12 mars 1920 permet à la femme d'adhérer à un syndicat professionnel sans l'autorisation de son mari.

Dans beaucoup de pays étrangers on a supprimé complètement l'incapacité de la femme mariée : en Angleterre, dès le 18 août 1882 ; en Italie, par la loi du 17 juillet 1919 ; en Roumanie, par la loi du 20 avril 1932 ; en Espagne, en 1932 ; en Belgique, en 1932. Elle n'existe plus, ni en Allemagne, ni en Suisse, ni aux Etats-Unis d'Amérique, ni en Russie.

En France, les faits ont incité le législateur à compléter son œuvre d'émancipation juridique de la femme, mais les progrès ont été beaucoup plus timides qu'ils ne le furent à l'étranger. Le 23 juin 1932, un projet de loi était déposé au Sénat ; il comportait la suppression de l'incapacité de la femme et la modification du régime matrimonial de droit commun. Seule, la première partie vient d'être votée le 18 février 1938. Il faut reconnaître que pratiquement l'amélioration de la situation juridique de la femme est faible. Si les femmes mariées ont reçu une capacité civile élargie, elles ne peuvent l'appliquer qu'aux actes qui n'ont pas pour objets les biens sur lesquels le mari possède un droit d'administration ou de jouissance en vertu du régime matrimonial. En France, le régime matrimonial de droit commun est la communauté ; il est, pour cette raison, bien peu d'actes que la femme mariée puisse faire, sauf, bien entendu, l'exercice des droits qui lui sont reconnus par la loi du 13 juillet 1907. Il serait nécessaire, pour qu'un pas décisif soit fait dans cette matière que le régime matrimonial de droit commun soit celui de la séparation de biens (1).

(1) Il faut reconnaître que, dans l'état actuel de nos mœurs, ce régime présente certains inconvénients. La pratique montre que dans les pays où les époux ont adopté le régime de séparation de biens, la

*
**

Comment admettre qu'une telle évolution ne soit pas l'œuvre de circonstances économiques et sociales. N'est-ce pas parce que les femmes exercent une profession que la plupart de ces lois ont été votées ? Lorsque, pendant la guerre de 1914-1918, les femmes ont dû prendre la place de leurs maris, leur activité économique s'est encore accrue. Il y a, à l'heure actuelle, en France, 7.900.000 femmes employées en dehors de leur ménage. De plus en plus, les nécessités de la vie moderne, les idées d'émancipation de la femme, les mœurs s'imposent au législateur. Si la femme est encore, et avant tout, la maîtresse du foyer, elle devient aussi médecin, avocat, secrétaire, employée, ouvrière...

Il existe, en effet, deux formes d'activité économique que l'on a toujours refusées à la femme : la passation d'un contrat de société commerciale ou de travail avec son mari. Les tribunaux et quelques auteurs ont fondé leurs décisions sur l'existence des principes de l'autorité maritale, de l'incapacité de la femme mariée et sur celui de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Jusqu'ici on n'a voulu tenir compte que dans une très faible mesure de la pression des événements économiques.

Les deux premiers principes viennent, nous l'avons vu, de disparaître sous l'influence de ces événements. Nous nous proposerons de rechercher dans quelles mesures le troisième principe peut être une cause d'invalidité juridique de la société ou du louage d'ouvrage entre époux.

femme remet, très souvent, une procuration à son mari et ce dernier gère tous les biens du ménage sans que la femme ait aucune garantie. Dans les pays qui ont adopté le régime de la séparation de biens comme régime de droit commun, le nombre des femmes ruinées par leur mari est plus grand que dans les pays où le régime de droit commun est la communauté.

PREMIÈRE PARTIE

CONTRAT
DE SOCIÉTÉ ENTRE ÉPOUX

CHAPITRE I

Des contrats onéreux entre époux

SOMMAIRE. — But de ce chapitre. De quelques décisions jurisprudentielles et doctrinales. Les arguments invoqués. Critique de ces arguments. Conclusion.

1° Avant de rechercher si les contrats de société et de travail sont possibles entre époux, il convient de résoudre une difficulté préalable ; celle qui est relative à la validité des contrats à titre onéreux entre conjoints. C'est une condition sine qua non à la réalisation des contrats de travail et de société. Comment admettre ces derniers si l'on refuse par principe aux époux le droit de passer entre eux des contrats à titre onéreux ?

Ce droit n'a pas toujours été reconnu aux époux ; la doctrine et la jurisprudence ne sont d'ailleurs pas très nettes sur ce point.

2° Nombreuses sont les décisions judiciaires qui ne permettent pas aux époux de passer entre eux certains contrats à titre onéreux. La Cour de Paris (1) semble bien ne pas reconnaître au mari le droit de mandater sa femme. La Cour de Pau (2) n'admet pas l'échange entre époux. La Cour de Bordeaux est du même avis (3).

(1) Paris 7-1-1903, D. 04.2.79.

(2) Pau 5-1-1885, S. 87.2.113.

(3) Bordeaux 10-5-1899 sur Req. 26-11-1900, D. P. 04.1.457.

Il faut reconnaître que certaines décisions sont quelque peu hésitantes et des arrêts ont implicitement reconnu la validité du mandat donné par le mari à sa femme, sauf à ne pas attacher à cet acte les effets normaux. La Cour de Paris (1) déclare que la femme doit rendre compte de l'exécution du mandat qu'elle a reçu de son mari, mais précise qu'elle n'est pas soumise aux règles strictes des autres mandataires. La Cour de Bordeaux (2) déclare : « la femme... obligée de prendre la direction de l'administration domestique, n'est pas tenue, comme le serait un mandataire ordinaire, de fournir un compte détaillé de pièces justificatives. Il suffit qu'elle prouve d'une manière satisfaisante, le bon emploi de cette somme ».

D'autres arrêts ont été plus catégoriques et ont admis la validité soit de l'échange entre époux (3), soit du mandat. La Cour d'Agen (4), en particulier, décide que la femme mandataire de son mari est tenue, comme tout autre mandataire, de rendre compte à son mari.

3° En jurisprudence, la question de savoir si les époux peuvent contracter à titre onéreux, reste donc controversée. Mais la Doctrine, elle aussi, est partagée sur ce point. Certains auteurs (5) considérant que le mari a non seulement un droit mais un devoir d'administrer les biens de la communauté, refusent à la femme la possibilité de recevoir un

(1) Paris 26-3-1885, S. 86.2.53.

(2) Bordeaux 14-6-1853, D. 54.2.38.

(3) Limoges 30-12-1861, S. 87.2.113.

(4) Agen 16-7-1833, Cass. Req. 18-12-1834, S. 36.1.849.

(5) Aubry et Rau: « Cours de Droit Civil Français », 4^e Ed., t. 5, p. 331.

Guillouard: « Traité du Contrat de mariage », t. 2, N° 876.

mandat de son mari. D'autres auteurs (1) reconnaissent dans une large mesure le droit pour les époux de contracter à titre onéreux.

4° Quels sont donc les arguments invoqués, soit pour la prohibition, soit pour l'admission des contrats à titre onéreux entre époux. On a dit que c'était une tradition, et que dans notre Ancien Droit la prohibition était générale. La Coutume du Nivernais (2) indiquait que « gens mariés constant leur mariage, ne peuvent contracter au profit l'un de l'autre ». La Coutume de Normandie (3) disait « gens mariés ne se peuvent céder, donner ou transporter l'un à l'autre quelque chose que ce soit, ni faire contrat ». Pothier parle (4) de cette interdiction générale qui frappait les époux et de l'incapacité de passer des contrats « par lesquels ils transporteraient l'un à l'autre quelque chose de leurs biens ».

On a soutenu aussi que, dans notre droit, la femme était incapable et que, l'autoriser à contracter avec son mari, c'était porter atteinte à l'article 1395 du Code Civil qui consacre le principe d'ordre public de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

5° Que faut-il penser de ces arguments ?

(1) Planiol et Ripert : « Traité Pratique de Droit Civ. Fr. », t. VI, p. 108.

Planiol et Ripert : « Traité El. de Droit Civil », t. 2, p. 365.

Laurent : « Principes de Droit Civil », t. 26, n° 140.

Pont : « Sociétés civiles et commerciales », t. 7, n° 25 et s.

Beudant : « Cours de Droit Civil Français », t. 1, p. 313.

(2) Coutumes du Nivernais, ch. XXIII, art. 27.

(3) Coutumes de Normandie, chap. XV, art. 410.

(4) Pothier : « Donation entre mari et femme », n° 78.

La prohibition de l'Ancien Droit reposait sur le principe fondamental d'après lequel toute donation, autre que le don mutuel, était interdite entre époux. Il était normal, afin d'éviter les fraudes, de prohiber les contrats par lesquels l'un ou l'autre des époux aurait pu se trouver avantage. Les auteurs anciens étaient logiques quand ils autorisaient les époux à contracter à titre onéreux si le contrat ne pouvait servir à dissimuler une donation. Dumoulin (1) avait raison d'admettre les contrats à titre onéreux entre le mari et sa femme, s'il y avait nécessité ou si la cause de l'acquisition était connue.

Le Code Civil a permis les donations entre époux ; il semble donc que les motifs de l'ancienne prohibition aient disparu. Cela est exact, mais il en est apparu de nouveaux. Notre droit actuel, en effet, s'il autorise les donations entre époux, permet à ces derniers de les révoquer. Or, on peut aisément déguiser une donation sous la forme d'un contrat à titre onéreux avec cette aggravation que la possibilité de révocation disparaît. La preuve de la donation, quelque fois possible (2), est la plupart du temps impossible à administrer.

Il existe encore une autre raison pour laquelle une certaine réserve doit être apportée à reconnaître aux époux le droit de contracter sans limites entre eux. Les donations entre époux sont, en effet, permises mais en présence d'héritiers réservataires, jusqu'à concurrence seulement de la quotité disponible. On pourrait craindre que les époux,

(1) « Nullum contractum, etiam reciprocum, facere possuat nisi ex necessitate » sur l'article 156 de la coutume de Paris n° 5.

(2) Toulouse 20 mai 1886, D. P. 87.2.40.

pour disposer de la réserve n'empruntent le chemin détourné du contrat à titre onéreux.

Ces critiques ne nous semblent pas suffisantes pour maintenir l'ancienne prohibition. Il n'est pas possible de suspecter de fraude tous les actes juridiques sans quoi il faudrait les prohiber tous. L'action paulienne n'existe-t-elle donc pas ? Le législateur n'a-t-il pas reconnu aux héritiers réservataires des moyens de défense ?

L'étude des textes législatifs n'a jamais permis d'interdire les contrats à titre onéreux entre époux.

On a pu dire que la femme était incapable. Mais l'article 1123 du Code Civil déclarait que peuvent contracter toutes les personnes qui n'en sont pas empêchées par la loi. L'article 1124 ajoutait « les incapables sont... les femmes mariées dans les cas exprimés par la loi ». On trouve en effet, dans le Code Civil, des articles qui interdisent certaines transactions entre époux ; tels que les articles 1595 et 1707 ; le premier précisant trois cas dans lesquels la vente entre époux est possible, le second appliquant à l'échange les règles du contrat de vente.

Ces articles, portant prohibition dans des cas déterminés, doivent être considérés comme des arguments pour l'administration des contrats onéreux entre époux. Si, en effet, on les interdit dans des situations spéciales c'est qu'on les admet dans la généralité. D'ailleurs, il est aisé de citer des articles du Code Civil qui permettent aux époux de passer entre eux de véritables contrats : l'article 1577 permet à la femme de donner un mandat à son mari pour administrer ses biens paraphernaux ; l'article 1435 du Code Civil parle de l'acceptation par la femme du remploi qui lui est offert par le mari ; l'article 1099 du Code Civil annule les contrats à titre onéreux quand ils contiennent une

libéralité déguisée, c'est donc que ces contrats sont valables lorsqu'ils ne cachent aucune fraude (1).

On ne trouve à aucun endroit dans notre Code Civil une interdiction générale de contracter pour les époux. En interdisant à ces derniers de contracter on crée une incapacité qui n'existe nulle part. Tout ce qui se rapporte à la capacité civile est de droit étroit et il n'appartient qu'au législateur seul d'étendre cette incapacité. Or, au contraire, ce dernier, par la loi du 18 février 1938 s'est bien prononcé pour une large capacité. L'article 215 nouveau reconnaît à la femme mariée le plein exercice de sa capacité civile, sauf les limitations légales. Le nouvel article 1124 du Code Civil supprime dans son énumération des incapables le membre de phrase : « les femmes mariées dans les cas exprimés par la loi ».

Il ne fait aucun doute que l'argument fondé sur l'incapacité et qui avait servi jusqu'ici — malgré la sévère critique à laquelle il s'exposait — à interdire aux époux de contracter entre eux à titre onéreux, a maintenant perdu toute sa valeur.

L'article 215 nouveau déclare que la femme mariée a le plein exercice de sa capacité civile sauf les restrictions qui peuvent résulter du régime matrimonial. Ce second membre de phrase réduit pratiquement la liberté contractuelle de la femme. Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales subsiste. Toutefois, lorsque le contrat de mariage laissera à la femme un droit d'administration ou de disposition et que les limitations légales n'interviendront pas, la femme mariée aura maintenant la liberté de contracter.

(1) On peut encore citer la loi du 23 mars 1855 qui permet à la femme de céder ou de renoncer à son hypothèque légale dans l'intérêt des créanciers de son mari; mais dans ces circonstances, la femme contracte plus avec un tiers qu'avec son mari.

CHAPITRE II

Le contrat de société entre époux devant la Jurisprudence et la doctrine

SECTION I

DÉCISIONS JURISPRUDENTIELLES ET DOCTRINALES

SOMMAIRE. — 1^{er} parag. Les décisions de la jurisprudence; 2^e parag.
Les conceptions doctrinales.

1^o La jurisprudence a sévèrement jugé les contrats de société entre époux. Très nombreuses sont les décisions (1) qui ont été rendues en cette matière, et bien

(1) Cass. Crim. 9-8-1851, D. 52.1.160; 51.1.281.

Trib. Com. Seine 30-3-1855; J. T. C. 1855, 225.

Paris 9 mars 1859; D. 60.2.12; S. 59-2-502 et sur pourvoi Req. 7-2-1860, D. 60.1.115; S. 60.1.414; J. T. C. 1860, 179.

Metz 22-8-1861, S. 62.2.330.

Trib. Comm. Seine 8-11-1862, J. T. C. 1863, 389.

Trib. Comm. Seine 31-7-1868 sous Paris 9 mars 1869, J. T. C. 1870

56.

Trib. Com. Seine 12-11-1869, J. T. C. 1870, 194.

Paris 24 mars 1870, D. 72.2.43; S. 71.2.71.

Dijon 22-12-1875, S. 76.2.79.

Nîmes 18-12-1886 sous Req. 12-7-1887, S. 87.1.384.

Cass. Req. 6-2-1888, D. 88.1.401; S. 90.1.49 (Note Labbé).

Cass. Civ. 7-3-1888, D. 88.1.349; S. 88.1.305 (Note Lacointa).

Cass. Req. 8-12-1891, S. 92.1.293.

rares sont celles qui reconnaissent au mari et à la femme le droit de s'associer (1).

Les arrêts et les jugements des différents tribunaux, qui s'offrent à notre étude sont, dans leur généralité, prohibitifs en ce sens qu'ils ne tiennent pas compte des différents éléments de distinction qui existaient dans les cas

- Trib. Comm. Marseille 23-11-1892, Jurisp. Marseille 1893, 141.
Cass. Req. 27-6-1893, D. 93.1.488; S. 94.1.25.
Paris 10-12-96, D. 97.2.125, J. S. 1897, 126.
Trib. Com. Seine 4 mars 1897, J. S. 1897, 83.
Agen 22-3-1899, D. 99.2.474 et sur pourvoi Cass. Req. 21-10-1901.
Paris 2-8-1899, J. T. C. 1900, 401.
Nîmes 24-4-1900, D. 1901.2.4; S. 1902.2.302; J. S. 1900, 496 et sur pourvoi Cass. Req. 23-4-1902.
Nancy 9-2-1901, D. 1902.2.140; J. S. 1901, 403.
Cass. Req. 21-10-1901; S. 1901.1.520.
Cass. Acq. 23-4-1902, D. 1902.1.309; S. 1904.1.506.
Cass. Civ. 5-5-1902, D. 1903.1.207; S. 1905.1.41 (Note Hémarde).
Grenoble 21-5-1902, D. 1903 v° Sociétés n° 7, Tables p. 689.
Cass. Req. 11-4-1906, S. 1911.1.508.
Paris 18-2-1908, J. T. C. 1909, 305.
Cass. Civ. 23-1-1912, D. 1912.1.481; S. 1912.1.148.
Cass. Civ. 3-7-1917, D. 1917.1.127; S. 1921.1.207 (Note Naquet).
Paris 29-1-1923, J. S. 1920, 41.
Douai 29-1-1923, Rev. Soc. 1923, 172.
Cass. Req. 1-2-1926, D. H. 1926, 114.
(1) Cass. Civ. 23-11-1812, S. Chr.
Amiens 3 avril 1851, D. 51.2.221; S. 51.2.312 mais cet arrêt a été cassé par Cass. Crim. 9 août 1851 précité.
Trib. Bruxelles 14-3-1853, D. 54.3.8.
Trib. Civ. Lyon 31-7-1867, D. 67.3.87.
Montpellier 3-7-1880 (Solution implicite) sous Cass. Civil 10-5-1882, S. 82.1.352.
Trib. Com. Marseille 19-9-1883, Jurisprudence Marseille 1884, 9.
Nîmes 24-4-1900, D. 1901.2.4 mais sur pourvoi Cass. Req. 23-4-1902, D. 1902.1.300.

jugés. La nature du régime matrimonial n'a pas été prise en considération. Tantôt, la société formée entre époux séparés de biens a été dissoute (1), tantôt, le même sort a été réservé à une société créée par des époux mariés sous le régime de la communauté (2). Certains arrêts déclarent nettement que la société entre époux est nulle quel que soit le régime matrimonial adopté (3).

La jurisprudence n'annule pas seulement les sociétés entre époux, elle considère encore sans valeur celles qui ont été constituées par les conjoints et un ou plusieurs tiers (4) ; elle n'admet pas plus une société constituée avant le mariage (5) qu'une société formée par contrat de mariage (6).

2° La doctrine est un peu moins unanime. Certains auteurs — la minorité à vrai dire — sont d'accord avec la

(1) Cass. Req. 7-2-1860 précité.

Cass. Civ. 7-3-1888 précité.

Cass. Req. 11-4-1906 précité.

Cass. Req. 19 mai 1908, D. 1908.1.359.

Cass. Civ. 23-1-1912 précité.

(2) Cass. Crim. 9-8-1851 précité.

Cass. Req. 8-12-1891 précité.

Cass. Req. 23-4-1902 précité.

Cass. Civil 5-5-1902 précité.

(3) Paris 14-4-1856, D. 56.2.231.

Paris 9-3-1859 précité.

Dijon 27-7-1870, S. 71.2.268.

Trib. Comm. Seine 21-2-1880, J. T. C. 1881, 358 ; J. S. 1881, 246.

(4) Paris 24-1-1885, D. 1888.1.402.

Cass. Civ. 5-5-1902 précité.

Cass. Civ. 23-1-1912 précité.

(5) Nîmes 18-12-1886 précité.

(6) Cass. Civ. 5-5-1902 précité.

jurisprudence (1) ; d'autres n'admettent la validité des sociétés contractées entre époux qu'avec certaines réserves (2), mais la grande majorité des auteurs sont partisans de la validité de ces sociétés (3). Ces auteurs déplorent

(1) Troplong : « Contrat de Mariage », t. 1, n° 210.

Aubry et Rau : « Cours de Droit Civil français », 5^e Ed., t. VI, parag. 377.

Baudry Lacantinerie Walh : « De la Société, du prêt et du dépôt », 3^e Ed. 1907, n° 52 et suivants.

Houpin et Bosvieux : « Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations », 7^e éd., 3 vol., t. 1 1927.

Vavasseur et Bonnecasse : « Traité des sociétés civiles et commerciales », t. 1 1931, n°s 349-351.

Guillouard : « Contrat de mariage », t. 1, n° 229.

Massé : « Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil », t. 2, n° 1267.

Demangeat : « Traité de droit commercial », t. 1, p. 161.

Lance : « Essai sur les contrats à titre onéreux entre époux », p. 113 et s.

Lacointa, note au Sirey 88.1.305 sous Cass. Civ. 7-3-1888 précité.

Bouvier Bangillon, note aux P. F. 19.2.158.

(2) Alauzet admet la société entre époux en dehors du régime de communauté (voir « Commentaires du code de Commerce et de la législation commerciale », t. 1 (1856), n° 35). Duranton ne l'accepte qu'entre époux séparés de biens (voir t. XVII, n° 347).

(3) Laurent : « Principes de droit civil français », 3^e éd. 1899, t. XXVI, n° 140.

Pont et Rodière : « Traité du contrat de mariage », 2^e éd., t. III, n° 1357.

Delsol : « Revue pratique de Droit français », 1856, pages 433 et s.

Planiol : « Revue critique de législation et de jurisprudence » 1888, p. 277.

Lyon-Caen, Renault et Amiaud : « Traité de Droit Commercial », 5^e éd. 1906, t. 2, n°s 78 et 306.

Labbé, note au Sirey 1890.1.49 sous Cass. Req. 6.2.1888 précité.

généralement que la jurisprudence ait cru bon de ne pas reconnaître aux conjoints le droit de constituer une société et ils critiquent les motifs invoqués par les différents tribunaux.

Certaines des raisons qui ont conduit les juges à refuser aux époux la possibilité de contracter en vue de former ou d'exploiter une société ont disparu, mais d'autres subsistent ; nous les exposerons et les critiquerons successivement.

Beudant : « Cours de droit civil français. Contrats et Obligations », t. 1, n° 313, pages 439 et s.

Thaller et Perceyron : « Traité élémentaire », 8^e éd., 2 vol. 1932, n°s 347 et s.

Planiol : « Traité Élémentaire de Droit Civil », 5^e éd., t. 2, n°s 1095 et 1397.

Arthuys : « Traité des Sociétés Commerciales », 3^e éd. Paris 1916, t. 1, n° 17.

Naquet, note au Sirey 1921.1.207 sous Cass. Civ. 3-7-1917 précité.

Hémar, note au Sirey 1905.1.41 sous Cass. Civ. 5-5-1902 précité.

Hémar : « Théorie et pratique des nullités de sociétés », 2^e éd. Paris 1926.

Cottet : « De la nullité des Sociétés entre époux », thèse Lyon 1920.

Moliérac : « Etude sur les sociétés entre époux », thèse Bordeaux 1917.

Pont : « Traité-Commentaires des sociétés civiles et commerciales », Paris 1880, t. 1, n°s 35-38.

Dolbeau, article dans le bulletin Soc. d'Etudes Législatives 1930, p. 179.

SECTION II

LES TEXTES INVOQUÉS POUR LA PROHIBITION

SOMMAIRE. — 1^{er} parag. Arguments tirés des articles 1096 et suivants du Code Civil; des articles 1595, 1840, 220 (ancien) du Code Civil et 5 du Code de Commerce. 2^e parag. Critique de ces arguments.

1^o En premier, il résulterait de certains textes du Code Civil, (tels que les articles 1096 et ses suivants ; des articles 1595, 1840, l'article 220 du Code Civil avant son abrogation par la loi du 18 février 1938 et de l'article 5 du Code de Commerce), que le législateur a voulu prohiber ce genre d'association entre mari et femme.

Les articles 1096, 1097, 1099 du Code Civil sont les textes qui déclarent révocables et qui réglementent les donations faites entre époux. Il ne fait aucun doute que ces donations ont été vues avec défaveur par le législateur de 1804. La méfiance qu'il a montrée dans la reconnaissance de cette institution prend sa source dans la crainte d'un abus d'influence pouvant être exercé par l'un des époux sur son conjoint. En érigeant le principe de la révocabilité des donations entre mari et femme en principe d'ordre public, le législateur a sauvegardé leur liberté réciproque. Si, dit-on, les époux avaient la faculté de passer entre eux un contrat de société, il leur serait aisé de tourner les dispositions légales en opérant une donation déguisée sous la forme d'une exagération dans l'estimation d'un apport, par exemple. Or, le contrat de société est un acte à titre onéreux et sa révocation est impossible. De plus, les donations entre époux sont soumises à une réglementation légale. Par le truchement de la société, les époux

pourraient ne pas observer ces règles et se donner ainsi, indirectement, une quantité excessive de biens.

L'article 1595 du code civil pose le principe de l'interdiction de la vente entre époux et indique les trois cas dans lesquels elle est permise. Si la vente entre mari et femme est prohibée c'est pour éviter que ces derniers puissent, par ce moyen détourné, se faire des donations exagérées et de plus irrévocables.

L'article 1840 du code civil interdit la société universelle entre personnes incapables de se donner ou de recevoir l'un à l'autre, et à celles à qui il est défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes ; c'est le cas des conjoints.

Enfin l'article 220 du Code Civil — avant son abrogation — et l'article 5 du Code de Commerce déclarent que la femme d'un commerçant n'est pas réputée commerçante. Pour qu'elle le soit, il est nécessaire qu'elle exerce un commerce distinct et séparé de celui de son mari. On ne peut donc pas concevoir, en droit, une femme associée à son mari car elle ferait alors du commerce qui ne serait ni distinct ni séparé de celui de son mari, et par suite, elle ne serait pas commerçante.

*
* *

2° Ces différents arguments sont l'objet d'une vive critique. Déclarer, sans faire de distinction, que toutes les sociétés entre époux sont nulles par le fait même qu'elles existent entre personnes unies par le mariage (1) est évi-

(1) « Cette société... ne saurait produire aucun effet puisqu'elle est radicalement nulle par le fait même du mariage... la nullité est d'ordre public ». Nîmes 18-12-1886 précité.

demment excessif. Affirmer cette nullité, c'est créer une véritable incapacité dont on ne trouve aucune trace certaine dans le code et qui même, est en contradiction avec l'article 1865 du code civil qui énumère les différentes manières dont la société finit.

Sous le prétexte d'éviter une fraude possible, on établit une véritable incapacité civile à laquelle le législateur lui-même n'a pas pensé. Si les actes frauduleux sont reconnus tels, il est évident qu'ils sont nuls. L'article 1099 du Code Civil est net et la peine que l'on encourt à procéder à une donation déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux est sévère (1). Mais il faut bien admettre qu'il n'y a pas de fraude dans tous les actes juridiques et que, en l'absence d'un texte précis déclarant illégale toute société entre époux, celles-ci sont, en principe, valables. Pour sauvegarder le principe de la révocabilité des donations nous admettrons que toute société entre époux, même constituée pour une durée déterminée, pourra toujours être dissoute sur l'initiative de l'un ou de l'autre conjoint.

Certains jugements tendent à mettre sur le même plan les contrats de vente et de société. En réalité, ces deux contrats présentent, en ce qui concerne les époux, de grandes différences pratiques. La vente entre époux peut être à bon droit plus aisément suspectée de fraude. Elle n'apporte en effet, aucun élément nouveau de richesse dans le ménage. Si elle n'est pas faite dans les trois cas envisagés par l'article 1595 du code civil on peut penser que les

(1) « Les libéralités faites... soit sous forme de contrat à titre onéreux... sont nulles pour le tout et non seulement réductibles ». Cass. Req. 11-2-1874, D. 74.1.344; Cass. Civ. 23-5-1882, D. 83.1.408; Limoges 15-3-1895, D. 97.1.273.

époux ont en vue un but illicite et il semble normal que cet acte soit déclaré nul. Mais le contrat de société passé entre époux ne produit pas généralement un déplacement stérile de valeurs. Très souvent, le but recherché et atteint est un enrichissement du patrimoine familial.

Quant à l'article 220 al. 2 du code civil et à l'article 5 al. 2 du code de commerce ils ne peuvent être acceptés comme des arguments sérieux contre la validité des sociétés entre époux. Il faut admettre que ces articles ne sont pas autre chose que l'énoncé d'une présomption en faveur de la femme d'un commerçant, afin qu'elle n'ait pas à encourir de responsabilité vis-à-vis des tiers avec lesquels le mari aura contracté. Ces règles ont été insérées dans les codes afin d'éviter que la femme collaboratrice de son mari commerçant, soit considérée comme associée de fait avec lui. Mais cela n'est qu'une simple présomption (1) et la preuve contraire est permise car on est bien obligé de reconnaître que rien n'interdit aux conjoints de prouver, par un acte formel, qu'une société existe entre eux.

En résumé, la prohibition de la société entre époux ne se trouve, ni directement ni indirectement visée par un texte, et la société reste sous l'empire du droit commun qui est : la liberté.

(1) « Cette présomption quoique d'ordre public cédera devant un acte formel de société, car elle n'a été introduite qu'en raison de l'équivoque déterminée par la collaboration des deux époux, sur le véritable rôle qu'a entendu jouer la femme. En face d'une société expresse, il n'y a plus d'équivoque ». Thaller : « Traité Élémentaire », 7^e éd. n^o 177.

SECTION III

*LA SOCIÉTÉ ENTRE ÉPOUX
PORTERAIT ATTEINTE
AU PRINCIPE DE L'AUTORITÉ MARITALE*

SOMMAIRE. — Exposé de la thèse. Critique à laquelle elle s'expose.
La loi du 18 février 1938 met un terme à toute discussion en supprimant la puissance maritale.

1° Les arguments de textes rappelés dans la section précédente, ne sont pas les seuls qui ont été invoqués par les auteurs ou par la jurisprudence pour refuser aux époux le droit de former, entre eux, une société.

On a maintenu que l'exercice de ce droit porterait atteinte au principe de l'autorité maritale qui est exprimé par l'article 1388 du code civil : « les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme... » il y aurait incompatibilité entre l'état de subordination qui résulte du mariage et l'état d'égalité qui existe entre tous les associés d'une même société.

On ajoute encore, que la femme peut se trouver dans la nécessité d'exercer, contre son mari, gérant de la société, des actions sociales, et l'égalité signalée ci-dessus pourrait même s'aggraver et devenir un état de subordination du mari à la femme au cas où celle-ci serait la gérante de la société.

2° Les pouvoirs du mari sur la personne de sa femme ont subi, nous l'avons montré une évolution importante (1).

(1) Voir supra pages 14 et s.

Pratiquement ils sont très réduits de nos jours pour ne pas dire inexistants. La loi du 18 février 1938 déclare bien que le mari est « le chef de la famille » et que sa femme est obligée d'habiter avec lui (article 213 du code civil), mais le devoir d'obéissance cesse d'être codifié. On ne peut plus sérieusement dire que la femme est subordonnée à son mari. Si ce dernier conserve la direction générale du ménage, c'est en qualité de chef de la famille. Le législateur a reconnu la nécessité de donner le commandement unique à un membre du groupe familial. Il fallait bien le donner à l'un ou à l'autre des deux époux. L'étude de nos mœurs conduit à montrer qu'il était judicieux d'attribuer au mari les prérogatives de cette fonction.

Il eut été utile que la loi du 18 février 1938 modifiât, en ce sens, le libellé de l'article 1388 du code civil.

Il est permis de remarquer rétrospectivement que certains arrêts avaient refusé au mari le droit de s'associer avec sa femme afin de sauvegarder le principe de l'autorité maritale. Ces décisions avaient déclaré que le mari devait être considéré comme le commis, le préposé de sa femme. N'était-ce pas là le placer sous la subordination directe de son épouse ? Il faut admettre que c'était une singulière façon de faire respecter le principe de l'autorité maritale (1).

Ajoutons que la femme qui exploite un commerce avec l'autorisation de son mari ne se trouve pas pratiquement sous sa dépendance. Nous savons bien que le mari doit fournir son autorisation tacite ou expresse, et qu'il pourra révoquer cette autorisation. Mais nous pensons que depuis la loi du 18 février 1938, il ne peut plus agir d'une façon discrétionnaire. Cette loi en effet, permet au mari de s'op-

(1) Arrêts des Cours de Nîmes et Agen précités.

poser à ce que sa femme exerce une profession (1) dans le cas seulement où l'intérêt du ménage ou de la famille l'exige. La femme peut se pourvoir devant le tribunal qui statue. La femme pourra donc malgré l'opposition du mari, exercer avec l'autorisation du tribunal, une profession. La question de savoir si la femme mariée peut passer outre à l'interdiction de son mari pour tenir un fonds de commerce est controversée sans qu'on puisse donner à la thèse de la prohibition un fondement ferme. Nous pensons que la femme pourra recevoir cette autorisation judiciaire car c'est la solution conforme à l'esprit contemporain du Droit adapté aux conditions économiques modernes.

Mais, déjà sous l'empire du code civil, avant sa modification par la loi de février 1938, lorsqu'une femme recevait l'autorisation de faire le commerce, n'y avait-il pas abdication de l'autorité que le mari se croyait en droit d'exercer sur sa femme ? On ne comprend pas que, dans ces conditions, la jurisprudence ait maintenu son veto aux sociétés entre époux.

D'ailleurs, la loi semble bien donner à la femme un certain droit, discret il est vrai, de surveillance sur la gestion du mari. La femme a, en effet, la possibilité de demander la séparation de biens dans le cas où le mari gère mal. Comment pourrait-elle connaître les mauvais résultats de l'administration de son mari si elle en était complètement tenue à l'écart ? De plus, la loi du 13 juillet 1907, dans son article 7, ne créait-elle pas déjà une sorte d'égalité entre les époux lorsqu'elle permettait à l'un d'eux de saisir-arrêter et de toucher les produits du travail de

(1) Voir 2^e Partie, 1^{re} chapitre, 2^e section, 2^o.

son conjoint ? Quand la femme exerçait ce droit, que devenait le principe de l'autorité maritale ?

Depuis la loi du 18 février 1938, le principe de la puissance maritale a disparu de notre code. L'égalité sociale du mari et de la femme est désormais complète. L'argument fondé sur la subordination de la femme au mari — très contestable d'ailleurs — et par lequel on leur refusait de créer entre eux une société, a cessé d'exister.

SECTION IV

LES SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX PORTERAIENT ATTEINTE AU PRINCIPE DE L'IMMUTABILITÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES

SOMMAIRE. — Les arguments invoqués par les tenants de cette thèse.
Leur appréciation en fonction du régime matrimonial des époux.

1^o La jurisprudence pense que reconnaître la validité des sociétés entre époux ce serait porter atteinte à un principe d'ordre public : l'immutabilité des conventions matrimoniales.

La jurisprudence est d'avis que, pour des époux mariés sous le régime de la communauté, par exemple, la situation des biens pourrait être modifiée, si les époux établissaient entre eux une société. Les modifications pourraient être relatives soit à l'administration des biens, puisque les biens communs cesseraient d'être gérés par le mari seul, soit à la répartition des biens après la dissolution du mariage, le partage devant être soumis alors aux règles appliquées à la dissolution des sociétés.

La jurisprudence insiste sur la différence qui existe pour les tiers, entre les biens soumis au régime de la com-

munauté et les biens entrant dans la composition d'une société.

Les tribunaux ont également déclaré que, pour des époux mariés sous le régime de la séparation de biens, la société était un moyen de revenir à un véritable système de communauté.

2° Le bien fondé de ces arguments a été mis en doute. En premier lieu, on peut répondre que la société ne porterait atteinte aux droits de gestion des biens communs par le mari que si elle avait pour but unique de donner l'administration de ces biens à la femme. Mais toutes les sociétés entre époux ne cherchent pas à atteindre cette illégalité. Dans la plupart des cas, les époux ne tendent, en formant une société, qu'à mettre en commun certains biens et, souvent aussi, leur industrie afin de pouvoir augmenter le revenu de leur patrimoine ; ces biens peuvent être des propres et le régime matrimonial peut n'être pas la communauté. Même en cas de communauté légale entre époux, les droits que reçoit la femme en échange de ses apports dans la société, restent communs et rien n'empêche que ces droits restent gérés par le mari. Dans un régime de séparation de biens et dans le régime dotal avec clause de paraphernalité la femme conserve l'administration et la jouissance de certains biens ; pourquoi ne pas lui reconnaître le droit de les mettre en société avec son mari puisqu'elle pourrait les confier à un tiers. Seuls, les revenus provenant de ces droits sociaux seront soumis aux règles du contrat de mariage et les clauses de ce dernier seront respectées ainsi que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

On a dit aussi que la femme mariée sous le régime de la communauté n'avait aucun avantage à constituer une société avec son mari et que, bien plus, ce serait dangereux pour elle, n'ayant pas en qualité d'associée les mêmes protections légales dont elle bénéficie en tant que femme mariée. A cela, il faut répondre que le régime de communauté n'a rien de commun avec celui auquel sont soumis les biens entrant dans une société. Reconnaissons toutefois que, dans le régime de communauté, la femme ne participe aux pertes que si elle accepte la communauté alors qu'elle devra les supporter nécessairement si un déficit se présente lors de la liquidation d'une société dans laquelle elle serait membre. Mais, c'est là un risque que la femme court lorsqu'elle fait du commerce à son propre compte ou lorsqu'elle est membre d'une société quelconque ; le fait qu'elle s'associe avec son mari n'aggrave pas cet inconvénient.

On pourrait ajouter que les biens composant la communauté ne se confondent pas nécessairement avec ceux de la société. Il ne faut pas conclure, du fait que des époux ont adopté le régime de la communauté légale, qu'ils ont décidé d'exclure certains biens d'une société particulière dont les bénéfices tomberaient dans la caisse commune.

D'autre part, il n'est pas exact de dire que, pour des époux mariés sous le régime de la séparation de biens, l'établissement d'une société équivaut à modifier le régime matrimonial car la communauté et la société sont des choses très différentes. Les biens sociaux ne sont ni communs ni propres. Ils deviennent la propriété d'une tierce personne : la société. Soutenir le contraire c'est reconnaître à la communauté les caractères d'une véritable per-

sonne morale, ce que tout le monde est d'accord pour repousser.

Sous le régime de la séparation de biens et sous le régime dotal avec clause de paraphernalité, la femme peut conserver la jouissance et l'administration de certains biens. La loi reconnaît à la femme le droit de remettre cette administration et cette jouissance au mari (articles 1539, 1577 et suivants du code civil). On ne voit pas pour quelles raisons le mari ne gèrerait pas ces biens en qualité de gérant d'une société dans laquelle la femme serait membre.

Une autre critique importante à laquelle s'expose l'argumentation de la jurisprudence est celle qu'on lui fait lorsqu'elle considère annulée par le seul fait du mariage, une société constituée par deux futurs époux, ou lorsque la société est formée par le contrat de mariage. On ne peut plus sérieusement soutenir, dans ces cas particuliers, qu'il y a eu atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

En admettant que ce principe ne soit pas toujours observé, il ne semble pas qu'il soit permis de conclure que toutes les sociétés entre époux tendent à modifier le régime des biens des conjoints. Le juge a pour rôle de rechercher la fraude et de la sanctionner. Au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales s'oppose un autre principe, tout aussi respectable, celui de la liberté contractuelle.

Nous ne voulons pas insinuer que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales a des effets déplorables et qu'il ne doit pas être sauvegardé. Les raisons

pour lesquelles le principe existe sont sérieuses (1) et il est souhaitable que le juge annule un acte tendant à apporter de sérieuses modifications dans le régime antérieurement établi. Mais il convient de ne pas tomber dans l'excès qui consiste à considérer toute société entre époux comme une tentative de modification du régime matrimonial. On peut d'ailleurs constater que, dans d'autres domaines, la jurisprudence s'est montrée moins vigilante dans la sauvegarde de ce principe. On peut en citer de nombreux exemples : la jurisprudence admet que des modifications soient apportées dans le mode d'exécution ou de paiement de la dot (2); Elle autorise le paiement anticipé de la dot (3) ; Elle a admis le paiement de la dot entre les mains d'un créancier (4) ; Elle a permis la constitution d'une hypothèque pour garantir le paiement d'une dot (5) etc.

On peut encore ajouter, pour combattre les raisons invoquées par la jurisprudence, que certains textes, dans le code civil, permettent d'apporter quelque souplesse dans l'observation du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. L'article 1405 du code civil indique qu'un immeuble donné à l'un des époux au cours du

(1) 1° Intérêt des tiers et en particulier des créanciers des époux.
2° Intérêt des époux eux-mêmes; ces derniers pouvant recevoir des donations dont le donateur veut fixer les conditions d'une manière irrévocable. 3° Enfin, les donations entre époux étant révocables, il est nécessaire de leur interdire certains moyens de fraude, ce qui leur serait aisé si les conventions matrimoniales pouvaient être modifiées au cours du mariage.

(2) Cass. Req. 27-10-1900, D. 1901.1.100; S. 1901.1.119.

(3) Cass. Civ. 28-1-1879, D. 79.1.83.

(4) Cass. Civ. 22-7-1889, D. 90.1.425; S. 89.1.456.

(5) Cass. Req. 22-8-1882, D. 83.1.296.

mariage sera ou ne sera pas commun. L'article 1096 du code civil permet aux époux de se faire des donations révocables et ce moyen peut leur permettre de transformer des biens communs en bien propres. Enfin, les articles 1420, 1539, 1577, 1578, 1579 et 1580 du code civil donnent aux époux la faculté de se donner mandat, d'administrer ou d'aliéner leurs biens communs ou propres.

Nous ajouterons qu'en pratique la combinaison du mandat et de la donation permet aux époux de modifier leur régime matrimonial (1). La jurisprudence n'a jamais cependant pensé interdire aux époux tout mandat ou donation entre eux.

Malgré les critiques auxquelles elle s'expose, la jurisprudence est cependant restée quasi unanime dans son refus d'autoriser les époux à constituer une société entre eux. Pourtant d'autres raisons peuvent être invoquées en faveur de la reconnaissance de ce droit ; il n'y a pas, en cette matière, que des arguments d'ordre juridique. Eriger en principe la nullité absolue de toutes les sociétés que les époux peuvent être amenés à passer entre eux au cours de leur vie commune, n'est-ce pas, en un certain sens, encourager ou bien le concubinage entre deux personnes déjà associées lorsqu'elles décident de se marier, ou bien le divorce entre deux personnes déjà mariées et dont les intérêts veulent qu'elles constituent une société ? Il faut

(1) Exemple : des époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens. La femme donne au mari le mandat d'administrer ses biens. Ce droit lui est reconnu par l'article 1539 du Code Civil. Les époux se font ensuite une donation mutuelle de la moitié des biens qu'ils laisseront à leur décès. Ainsi, par l'état de leurs biens, pendant et après leur mariage, une véritable communauté se sera substituée à la séparation de biens.

bien reconnaître que les nécessités économiques s'imposent de plus en plus avec une force croissante. Le commerce et l'industrie ont pris un développement qu'ils n'avaient pas au début du *xix^e* siècle et qui est sans précédent dans l'Histoire. On peut remarquer, de plus, que d'après l'analyse et la critique des raisons invoquées par la jurisprudence, il est certain que le législateur de 1804 n'a jamais eu la ferme intention d'interdire aux époux de constituer une société entre eux.

SECTION V

SANCTIONS APPLIQUÉES PAR LA JURISPRUDENCE AUX SOCIÉTÉS ENTRE ÉPOUX

SOMMAIRE. — 1^{er} parag. Sanctions diverses et illogiques de la jurisprudence. 2^e parag. Notion de société de fait.

1^o Il est remarquable de constater que les tribunaux eux-mêmes ont été inquiets des conséquences de leur attitude envers les sociétés entre époux. Nombreuses sont les décisions qui, juridiquement, sont mal fondées ; elles invoquent en effet, la sauvegarde de principes dont tout le monde s'accorde pour déclarer qu'ils sont d'ordre public (1) ; la logique voudrait que la nullité qui sanctionne cette atteinte soit une nullité absolue. La société devrait être considérée comme n'ayant jamais produit d'effets et les choses devraient être remises en l'état où elles se trouvaient à l'origine.

(1) La jurisprudence qualifie parfois elle-même la nullité d'ordre public. Paris 25-5-1919, *J. Sociétés* 1920, 41.

Il est évident que cette solution logique, mais trop catégorique, ne pouvait être prise en considération. Il eût été impossible de supprimer les actes de commerce accomplis dans une société qui fonctionne depuis le longues années (1). Les juges se sont trouvés devant la nécessité de reconnaître que le système adopté par eux était trop rigide et, par maints côtés, ils se sont vus obligés d'attacher à la nullité non pas les effets d'une nullité absolue mais ceux d'une nullité relative.

Reconnaissons que, parfois, la jurisprudence a donné à la nullité le caractère d'une nullité absolue. La Cour de Nancy (2), par exemple, a admis que la nullité pouvait être demandée après la faillite de la société ; c'était déclarer qu'il ne pouvait y avoir ni prescription ni confirmation de la nullité. De son côté, la Cour de Paris (3) déclare que l'exécution du pacte social ne peut pas être considérée comme une ratification donnant une valeur juridique à la société.

Mais, dans de nombreux cas soumis à son appréciation, la jurisprudence n'a pas maintenu une telle logique dans ses déductions juridiques et, invoquant l'article 1157 du code civil, elle s'est crue en droit d'interpréter les actes de société entre époux afin d'éviter la prononciation malencontreuse de la nullité.

C'est ainsi que, très souvent, les tribunaux ont déclaré qu'il leur appartenait de rechercher si la volonté des parties avait bien été de constituer une société ou si, au contraire, les rapports qui avaient existé entre les deux époux n'étaient

(1) Cass. Civ. 5-5-1902, D. 1903.1.207 ; S. 1905.1.41.

(2) Nancy 9-2-1901, D. 1902.1.140.

(3) Paris 14-4-1856, S. 56.2.369.

pas le résultat soit d'un louage d'ouvrage avec participation aux bénéfices soit d'un mandat (1). Afin de permettre à la société d'exister, les tribunaux n'ont parfois pas hésité à admettre que la femme avait été seule associée avec un tiers et que le mari n'avait rempli que le rôle d'un simple gérant. Cette solution était possible puisque les gérants d'une société peuvent être choisis parmi les personnes autres que celles qui forment la société.

Les tribunaux ont également exigé, pour qu'il y ait société, non seulement que les époux interviennent dans la constitution du pacte social, mais encore que le mari et la femme aient entendu y jouer et y aient rempli réellement un rôle d'associés. La jurisprudence n'a pas manqué de déclarer, chaque fois que cela lui a été possible, que ce n'était pas les époux mais la communauté qui était associée avec un tiers (2). Enfin, les tribunaux ont souvent considéré volontairement que la présence de la femme dans la société n'était autre qu'un mode déguisé de renonciation à son hypothèque légale sur les biens immeubles de la société (3).

Certains tribunaux (4) ont donné des solutions identiques dans les cas où la participation de la femme à l'administration de la société ne faisait aucun doute, mais maintes

(1) Trib. Civ. Seine 6-3-1891, J. S. 1894, 37.

(2) Cass. Req. 12-5-1874, S. 74.1.427.

Trib. Com. Seine 24-2-1876, J. T. C. 1876, 239.

Trib. Com. Dijon 10-7-1883, Rev. des Soc. 1883, 626.

Paris 24-1-1885 sous Cass. Req. 6-2-1888 précité.

Trib. Civ. Seine 6-3-1891, J. S. 1894, 37 et s.

Trib. Civ. Seine 19-12-1903, P. F. 1905.2.158.

(3) Cass. Req. 6-2-1888 précité.

(4) Paris 24-1-1885 précité.

Trib. Civ. Seine 6-3-1891 précité.

Cours exigent, pour interpréter ainsi libéralement les pactes sociaux, que la femme soit franchement éloignée de l'administration et que les deux époux ne reçoivent ensemble qu'une part au plus égale à celle d'un autre associé.

2° La jurisprudence s'est trouvée devant des situations qu'il fallait bien éclaircir. Les sociétés entre époux ayant existé il fut souvent impossible de considérer qu'elles n'avaient jamais vécu et il fallut bien les liquider ; la notion de société de fait entre époux fit son apparition. Les tribunaux prononcèrent la nullité mais n'en appliquèrent les effets qu'à l'avenir : « la nullité n'empêche pas que la société entre époux, alors d'ailleurs qu'elle a un but licite, ne produise des rapports de faits analogues aux rapports de droit qu'aurait fait naître l'existence d'une société régulière et pouvant donner lieu à une liquidation opérée conformément aux règles suivies en matière sociale » (1).

La société de fait n'est admise qu'à compter du jour où la nullité doit être prononcée. Dans le cas d'une société nulle pour cause de mariage subséquent entre les deux associés, le mariage entraîne de plein droit la dissolution de la société et, seul, le passé est liquidé conformément aux règles qui régissent les sociétés : la nullité atteint toujours l'avenir.

Il ne faudrait pas croire cependant que, même en acceptant la notion de société de fait entre époux, la jurisprudence y ait attaché tous les effets voulus par une logique rigoureuse ; c'est ainsi qu'elle refuse (2) de déclarer en

(1) Cass. Civ. 23-1-1912 précité.

(2) Ce serait, en effet, reconnaître à la femme travaillant avec son mari, la qualité de commerçante, contrairement à l'article 5 du Code de Commerce.

état de faillite la société entre époux et considère que seul le mari est failli (1) ou, si la société comptait des tiers, ces derniers et le mari seront en faillite à l'exclusion de la femme (2).

Dans les rapports avec les tiers, on applique les statuts de la société ou les règles admises en matière commerciale. Entre les époux, les solutions admises par la jurisprudence sont divergentes. Parfois, estimant que le pacte social n'est pas sans valeur et, considérant que ses modalités sont appliquées dans les rapports avec les tiers, les tribunaux observent, dans la liquidation de la société, les règles statutaires. Le droit commun, c'est-à-dire la répartition proportionnelle aux apports, n'est pris en considération que lorsque les statuts n'ont rien prévu (3). Parfois, au contraire, s'éloignant de la solution précédente, les tribunaux déclarent que la société est illicite et qu'il convient dans les opérations de la liquidation de ne pas tenir compte des clauses statutaires ; la société est alors liquidée selon le droit commun en matière sociale (4).

(1) Trib. Com. Seine 30-3-1855 précité.

Paris 24-3-1870 précité.

Dijon 22-12-1875 précité.

Cass. Civ. 19-1-1881 précité.

Cass. Civ. 10-5-1882 précité.

Caen 31-7-1883, J. Faillites 1884, 466.

(2) Cass. Civ. 23-1-1912 précité.

(3) Paris 2-8-1899 précité.

(4) Cass. Civ. 7-3-1888 précité.

Trib. Comm. Marseille 23-11-1892 précité.

Grenoble 21-5-1902 précité.

Cass. Req. 11-4-1906 précité.

CONCLUSION

Les tempéraments que la jurisprudence s'est vue obligée d'apporter dans les conséquences de la nullité de principe qu'entraîne, pour elle, toute société entre époux, prouvent l'importance prise, depuis un siècle, par les associations commerciales entre conjoints. D'ailleurs, le nombre important des décisions jurisprudentielles montre que ces relations économiques entre mari et femme sont nécessaires en de nombreuses circonstances. Elles existent en fait et la sanction de la nullité éventuelle n'est pas suffisante pour empêcher leur éclosion. C'est pourquoi la jurisprudence a dû apporter dans ses décisions une clémence qui n'est pas en rapport avec les principes qu'elle a mis en cause et contre lesquels aurait dû venir s'échouer toute société entre mari et femme. Hémond (1) notait déjà que : « si l'on veut juger dans son ensemble cette jurisprudence sur le sort réservé aux sociétés entre époux, il faut reconnaître que, étant donné le principe d'où partent les arrêts, leurs solutions dernières, en admettant qu'elles ne soient pas toujours logiques, sont du moins conformes à la réalité des faits. En somme, la pratique s'accommode, sinon du principe jurisprudentiel de la prohibition de la société entre époux pris en lui-même, du moins des conséquences qui en résultent, parce que les faits ont pris leur revanche sur l'opinion de la jurisprudence. Sommes-nous, en pratique, si éloignés qu'on le pense généralement de la validité des sociétés entre époux dans la mesure où l'établit la doctrine ?... Il n'en reste pas moins cependant que, dans le système de la jurisprudence, cet inconvénient grave que les

(1) Note au Sirey 1905-1-41 sous Cass. Civ. 5.5.1902 précité.

sociétés entre époux sont à la merci de tout intéressé, ce qui, en rendant incertain le lendemain, peut entraver le développement des affaires sociales ».

Il nous semble qu'il y a plus encore. Non seulement dans certains cas les affaires sociales peuvent être entravées mais il est permis de penser que des associés disposés à contracter mariage préféreront vivre en concubinage plutôt que de procéder à la dissolution de leur société. On peut aussi considérer le cas inverse dans lequel les époux, afin de pouvoir constituer une société entre eux, n'hésiteront pas à divorcer. Au point de vue social, l'interdiction des sociétés entre époux peut avoir des répercussions fâcheuses.

On comprend qu'il a pu être écrit que la doctrine et la jurisprudence, dans le silence de la législation, aboutissent : « par le jeu de principes généraux certains, à une solution trop sévère qui ne correspond plus à l'état des esprits, ni des mœurs, ni des situations économiques actuelles » (1), et dès 1930 la commission de la Société des Etudes Législatives pensait qu'il convenait de rechercher « si la prédominance du mari dans le ménage et le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales étaient demeurés règles aussi nécessaires et aussi intangibles que sous le 1^{er} Empire et longtemps après ».

En ce qui concerne la prédominance du mari dans le ménage la Commission constate que les progrès économiques et les mœurs tendent de plus en plus à l'égalité des sexes et que le droit évolue toujours dans le sens du progrès économique. Le principe de l'autorité maritale a disparu depuis l'étude de la Commission de la Société d'Etudes

(1) Dolbeau : « Bulletin Société d'études législatives » 1930, p. 179.

Législatives. La loi du 18 février a supprimé, pour la femme, le devoir d'obéissance à son mari. Mais le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales subsiste, et il faut qu'il en soit ainsi, dans l'intérêt des tiers et dans celui de la femme. Mais, ainsi que le déclare le rapporteur de la commission, il convient de n'en pas exagérer la portée.

La jurisprudence, nous l'avons vu, afin de sauvegarder ces principes, n'a tenu compte ni de la nature du contrat de mariage ni du type de société adopté par les époux. Nous avons repoussé, en détail, les arguments qui ont été invoqués par les ennemis de la validité des sociétés entre époux; nous avons montré qu'aucun texte ne pouvait être sérieusement pris en considération. De plus, l'argument si souvent présenté, basé sur la sauvegarde du principe de l'autorité maritale, a disparu. Reste l'observation du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ; nous avons montré que l'existence d'une société entre époux n'entraînait pas nécessairement une modification dans leur régime matrimonial.

Nous rechercherons dans quelle mesure une société peut être permise entre époux en fonction de la nature juridique de cette société et en tenant compte de la nature du régime matrimonial des époux.

CHAPITRE III

Effets des Sociétés entre époux

SECTION I

SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

SOMMAIRE. — 1^{er} parag. Il n'y a pas contrat entre époux, mais contrat entre les époux et la société personne morale. — 2^e parag. Les époux peuvent être simultanément actionnaires, souscripteurs d'origine distincts dans la même société. — 3^e parag. Nature des apports du mari et de la femme. — 4^e parag. Mari et femme dans la gestion de la société; ils peuvent être simultanément ou successivement administrateurs ou directeurs. Leur présence dans les organes de surveillance. — 5^e parag. Droits respectifs du mari et de la femme; influence du régime matrimonial sur le droit de vote aux assemblées générales; sur la perception des dividendes; sur le partage des fonds de réserve, du fonds social.

§ 1.

Dès maintenant, nous croyons devoir établir nettement la nature juridique des liens qui existent entre les époux lorsque ceux-ci sont tous deux membres d'une même société. La jurisprudence et une partie de la doctrine n'ont voulu voir dans le contrat de société entre époux qu'une tentative d'altération ou de destruction de leurs conventions matrimoniales. Cette fraude, résultant d'une convention entre mari et femme, emportait la nullité de l'acte.

a). Nous pensons que c'est une erreur de considérer l'acte juridique que font le mari et sa femme membres d'une même société, comme étant une convention passée entre les époux eux-mêmes. En réalité, lorsque le mari devient sociétaire, c'est en vertu d'un contrat passé entre lui et la société : personne morale. Il en est de même pour la femme. Les époux deviennent membres d'une société par des actes identiques mais tout à fait distincts et séparés (1).

b) De cela il résulte que les biens de la femme n'entrent pas dans le patrimoine du mari ou vice versa. En réalité, les biens de chacun des époux se rejoignent dans un patrimoine nouveau, appartenant en toute propriété à une personne tierce : la société.

En droit, les patrimoines des époux n'auront pas subi de transformations profondes. Les biens — c'est-à-dire les droits — qui les composaient ont été remplacés par de nouveaux droits qui resteront soumis aux règles du contrat de mariage et seront régis par elles. Ces biens nouveaux — droit aux bénéfices, droit au partage du fonds social etc — viendront combler les vides que les apports en société ont créés dans le patrimoine de chacun des époux. C'est une véritable subrogation réelle qui s'opérera et, par suite, le principe de l'immutabilité matrimoniale ne sera pas atteint.

c) Nous savons qu'il est aisé de concevoir les époux contractant avec une société fonctionnant déjà ; mais une objection pourrait être faite lorsque les époux participent

(1) Voir en ce sens, Mazeaud : « De la liquidation des sociétés entre époux », *Revue Critique de Législation et de jurisprudence*, 1928, pages 293 et suivantes.

à la création de la société. On ne peut pas considérer que les époux contractent avec une personne morale puisque cette dernière n'existe pas encore ; nous savons, en effet, que la société pour exister doit non seulement posséder un patrimoine, (article 1^{er}, 2^e al. et article 24, 1^{er} al. de la loi de 1867 exigent la souscription totale du capital social) mais encore doit satisfaire à certaines exigences légales : le quart au moins de chaque action souscrite doit être versé (loi de 1867, article 1^{er}, 2^e al. modifié par le décret-loi du 31 août 1937) et mis en dépôt chez un notaire ou à la caisse des Dépôts et Consignations. A ce moment, la société n'existe pas et le capital, en partie tout au moins, doit être versé.

Nous répondrons à cette objection que les biens des époux sont mis seulement à la disposition de la société en formation et qu'ils ne quitteront le patrimoine auquel ils sont attachés qu'à la condition suspensive que tous les actes nécessaires à la formation légale de la société soient exécutés.

§ 2.

a) Les sociétés par actions permettent, dans la pratique, de faire fructifier un patrimoine ; elles offrent un mode de placement comportant des chances de gains en limitant les risques de pertes. On sait, en effet, que les actionnaires dans une société anonyme et les commanditaires dans une société en commandite par actions, ne sont tenus de dettes que jusqu'à concurrence de leurs apports.

Il faut bien admettre que l'on n'a pas songé à annuler une société par actions du seul fait que le mari et sa femme étaient tous deux actionnaires. Très nombreuses sont certainement les sociétés anonymes comptant parmi

leurs actionnaires des époux agissant pour leur compte propre. Les procédés par lesquels les époux seront devenus membres de la même société dépendent des clauses de leur contrat de mariage. Mariés sous le régime de la séparation de biens chacun des époux se sera rendu acquéreur d'actions ; il en sera de même lorsque, mariée sous le régime de la communauté légale, la femme exerçant un travail séparé aura employé ses biens réservés en acquérant des actions d'une société dans laquelle son mari est membre. La même solution sera admise lorsque la femme fera fructifier ses biens paraphernaux en régime dotal. Sous le régime de la communauté légale, le mari aura pu se rendre acquéreur d'actions pour son propre compte et aussi en qualité d'usufruitier des biens communs et d'administrateur des biens de sa femme. Il agira de même si le contrat de mariage institue le régime sans communauté : il pourra également sous le régime dotal employer la dot mobilière de sa femme dans les mêmes conditions. Cela nous permet de constater que, pour des époux ayant adopté un régime matrimonial reconnaissant au mari un certain droit d'usufruit sur le patrimoine de sa femme, la société par actions verra peu fréquemment les deux époux membres distincts de cette société.

b) Puisque les deux époux peuvent être actionnaires, recherchons maintenant s'ils pourront être considérés comme deux souscripteurs d'origine distincts. La jurisprudence (1) a répondu par la négative ; elle considère que deux époux mariés sous le régime de la communauté

(1) Trib. Civ. Seine 13-12-1878 sous Cass. Civ. 14-12-1881, S. 83.1.17.

ont des intérêts communs et, en conséquence, estime le mari et la femme comme constituant un seul et unique souscripteur d'origine. Cela n'est pas toujours exact, croyons-nous ; cet argument ne vaut pas lorsque la femme commune en biens apporte dans la société ses biens réservés. De plus, la femme commune en biens peut apporter dans la société la nue propriété de ses immeubles alors que son mari souscrira des actions de numéraire. Or, on a souvent opposé les intérêts des apporteurs en nature à ceux des apporteurs en numéraire. A l'origine de la société tout au moins, les intérêts des époux, loin d'être communs, seraient dans une certaine mesure opposés.

c) Enfin nous croyons qu'une remarque doit être faite à ce sujet. La loi du 24 juillet 1867, dans son article 23, a bien exigé que les premiers souscripteurs d'une société anonyme fussent au nombre de sept. Le législateur français copiait en cela — d'une façon assez maladroite d'ailleurs — le législateur anglais. Ce dernier, afin d'augmenter les chances de constitution honnête des sociétés anonymes, stipule que le nombre des « fondateurs » soit de sept au moins. La loi anglaise parle de fondateurs et non de souscripteurs d'origine. Les souscripteurs d'origine peuvent très bien être étrangers à la fondation de la société, dont seuls les fondateurs sont responsables. Le but poursuivi par la loi française n'est donc pas atteint et l'article 23 de la loi de 1867 n'a qu'une utilité restreinte. Nous ne nous montrerons donc pas intransigeants pour l'observation de cet article et nous considérerons qu'un mari et sa femme pourront compter respectivement pour un souscripteur d'origine dans les conditions précédemment indiquées.

§ 3.

Puisque les époux peuvent créer une société anonyme, être actionnaires et compter comme souscripteurs d'origine distincts, recherchons quelle sera la nature des apports.

a) En premier lieu, ces apports pourront être de numéraire. Ce sera même en pratique, par ce mode de contribution, que les époux deviendront le plus souvent co-associés; la société anonyme est alors utilisée comme moyen de placement d'un capital mobilier.

b) La question est plus délicate lorsqu'il s'agit de savoir si les époux pourront faire des apports en nature. Les auteurs sont en désaccord sur ce point. On a soutenu (1) que la femme actionnaire n'avait pas assez d'indépendance pour vérifier et approuver les apports en nature de son mari ; on ajoute qu'une opposition d'intérêts naîtrait entre les conjoints dont l'un ferait des apports en nature et l'autre des apports en numéraire.

Nous repoussons ces arguments. D'une part, il est faux de prétendre qu'aujourd'hui la femme ne jouit pas, vis-à-vis de son mari, de l'indépendance que la loi lui reconnaît. Penser le contraire serait soutenir une idée vieillie qui se rattache à l'antique conception de la femme asservie à son époux. D'autre part, la loi elle-même a pris des mesures pour que les apports en nature soient soumis à une vérification. Dans la constitution des sociétés par actions les articles 4 et 24 de la loi de 1867 exigent, dans ce but, la tenue de deux assemblées générales successives. Enfin l'article 3 du 3^e décret-loi de 1935, complétant en

(1) Houpin et Bosvieux : « Traité des Sociétés », 7^e éd., t. 1, n^o 70. Contra : Arthuys « Traité des Sociétés commerciales », 3^e éd. 1916, t. 1, n^o 17 *in fine*.

ce sens l'article 4 de la loi de 1867, réglemente le choix des commissaires chargés de vérifier la valeur des apports en nature. Or, d'après ce décret-loi le conjoint ne peut exercer les fonctions de commissaire-vérificateur. En fait, les apports en nature seront vérifiés par des personnes autres que le conjoint de celle qui les aura faits.

Il reste l'argument de l'opposition d'intérêts qui existerait entre les deux époux. Cela ne nous semble pas une raison valable car cette opposition ne paraît pas réelle.

Etudions le cas d'époux communs en biens. La femme fera des apports qui, dans notre exemple, seront constitués le plus souvent par des biens réservés. En vertu de l'article 5 de la loi du 13 juillet 1907 ces biens réservés entreront dans le partage des biens communs. Ils viendront donc, au moment de la dissolution de la communauté, se joindre aux biens du mari et à ceux de la communauté. La concurrence qui s'établirait entre ces divers groupes de biens serait donc vaine.

Si, d'autre part, les époux sont mariés sous un régime séparatiste l'opposition d'intérêts n'est pas plus flagrante que celle existant entre des actionnaires étrangers l'un à l'autre. On peut même soutenir qu'elle l'est moins puisque, si l'un des conjoints bénéficie d'un apport surestimé son patrimoine en sera accru, et les revenus qu'il devra apporter au ménage seront augmentés ; L'autre conjoint sera bénéficiaire indirect de la surestimation des apports faits par son époux. En définitive, l'opposition d'intérêts entre un actionnaire qui a fait un apport en nature et un actionnaire qui a fait un apport en numéraire, n'existe vraiment que si ces deux actionnaires sont étrangers l'un à l'autre.

c) Quant aux apports en industrie, nous savons qu'ils ne peuvent pas, dans une société de capitaux, faire l'objet

d'actions. Celui qui fera un apport en industrie pourra bien recevoir un titre mais ce ne pourra être qu'une part bénéficiaire ne donnant aucun droit sur le capital social (1) et par conséquent son propriétaire ne peut pas être considéré comme un associé véritable. Cette remarque faite, il convient d'ajouter que rien, en principe, n'interdit à des époux de faire l'apport en industrie à une société et d'y être rémunérés sous cette forme spéciale en recevant des parts bénéficiaires.

§ 4.

Recherchons dans quelles mesures des époux membres d'une société par actions pourront intervenir dans les organes de gestion ou d'administration de cette société.

a) Nous savons que l'administrateur d'une société anonyme — où le gérant d'une société en commandite par actions — est juridiquement un mandataire. La loi du 24 juillet 1867, dans son article 22, le dit : « les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires qui peuvent choisir parmi eux, un directeur ». Il y a donc lieu de rechercher si un mari et sa femme peuvent exercer un mandat au sein d'une société de capitaux dont ils sont membres.

b) Le mari aura, bien entendu, la faculté d'exercer ce mandat. Il pourrait le faire si sa femme n'était pas membre de la société ; le fait de la présence de cette dernière ne modifie en rien les droits du mari.

(1) Lyon-Caen, Renault, Amiaud : « Traité de Droit commercial », 5^e éd., t. II, n^o 560.

Arthuys : « Traité des sociétés commerciales », 3^e éd., n^o 405.

Amieux : « De l'apporteur en nature dans les sociétés par actions », 1901, p. 97.

c) L'article 1990 du Code Civil décide que la femme mariée peut recevoir un mandat. Donc, une femme mariée actionnaire d'une société à laquelle son mari est étranger pourra être administrateur. La présence du mari en qualité d'associé aura-t-elle une influence sur ce droit de la femme ? Il va sans dire que la thèse admise jusqu'à nos jours ne permettrait pas à la femme d'être administrateur. Il en était de même sur le point de savoir si les deux époux pouvaient être simultanément administrateurs d'une même société (1). Le motif invoqué était que cette situation aurait créé entre conjoints un état d'égalité incompatible avec celui de subordination légale de la femme à son mari.

Cependant, il convient d'ajouter qu'un auteur (2) soutient le contraire. Il fait remarquer que l'administration est un mandat et que rien ne s'oppose à ce que le même mandat soit confié solidairement à deux époux.

Il faut, croyons-nous reconnaître aux époux le droit d'être administrateurs d'une société successivement ou simultanément. Nous savons bien que c'est ainsi créer un état d'égalité entre le mari et la femme, mais ceci n'est plus aujourd'hui un empêchement juridique puisque depuis le 18 février 1938 cette égalité entre conjoints résulte de la loi elle-même. D'autre part la femme exercera des droits d'administration sur les biens de la société sans qu'il soit utile de savoir si ces biens se trouvaient précédemment dans le patrimoine de son mari ou dans le sien propre :

(1) Hémar : « Théorie et Pratique des nullités de sociétés et sociétés de fait », 2^e éd. (1926) n^o 82.

Houpin et Bosvieux, *op. cité*, page 97.

(2) Lalou : « Les femmes mariées dans les sociétés anonymes ». Chronique au D. H. 1930, page 49.

les biens appartiennent actuellement à la société, et c'est la chose essentielle dont il faut tenir compte.

d) Nous donnerons la même solution à la question de savoir si l'un des époux peut être administrateur délégué ou directeur.

e) Les fonctions d'administrateur et de directeur, ne sont pas les seules que les époux pourront exercer dans une société de capitaux. Recherchons dans quelles mesures ils pourront être commissaires de surveillance dans une société anonyme ou membre du conseil de surveillance dans une société en commandite par actions.

D'après l'article 33 de la loi de 1867 modifiée en 1935, les conjoints des administrateurs ne peuvent être choisis comme commissaires aux comptes. L'un des époux ne pourra donc pas exercer ces fonctions si son conjoint est administrateur de la société anonyme. Au cas contraire, rien n'empêchera l'un des époux et même les deux époux d'être simultanément commissaires de surveillance ; la fonction de commissaires aux comptes est, en effet, juridiquement un mandat.

Nous serons plus libéral en ce qui concerne les sociétés en commandite par actions. Les 2^e et 3^e décrets-lois du 8 août 1935 ne s'appliquent en effet qu'aux sociétés anonymes. Nous admettrons donc, puisqu'aucun texte ne l'interdit, que l'un des époux pourra être membre d'un conseil de surveillance d'une société en commandite par actions même si son conjoint est gérant de la société. Ils pourront l'être également simultanément.

§ 5.

a) Nous avons vu que lorsque deux époux entraient dans une même société, les droits qu'ils exerçaient précé-

demment sur les biens apportés étaient remplacés dans leur patrimoine par d'autres tels que : droits aux dividendes, droits au partage éventuel de l'actif social etc... Ces droits nouveaux occupent dans le patrimoine des époux — par suite d'une véritable subrogation réelle — la même place que les droits cédés à la société ; ils joueront pour chacun des époux le même rôle que ceux remis en apports à la société et ils seront soumis à des règles différentes suivant le régime matrimonial des conjoints. Prenons le cas d'époux communs en biens ; certains propres de la femme auront pu être apportés dans la société et le mari aura aussi apporté les biens communs et les siens. Les titres reconnaissant ces droits respectifs seront soumis au droit de disposition, de jouissance ou d'administration du mari (1). Ils seront immatriculés soit au nom du mari soit au nom de la femme, soit aux deux le cas échéant.

Si la femme est commune en biens et si elle apporte ses biens réservés, elle recevra des titres immatriculés à son nom et conservera la pleine jouissance de ses biens. Mariés sous un régime séparatiste, les époux recevront des titres immatriculés à leur nom et garderont les mêmes droits que ceux dont ils jouissaient sur les biens que ces titres représentent.

b) Les droits des époux dans les assemblées générales seront également déterminés par le régime matrimonial. Si le mari a, de par ce régime, un droit d'usufruit sur les biens de sa femme, c'est lui qui prendra part au vote des assemblées générales de la société. Au contraire, la femme votera à ces assemblées si elle a conservé par con-

(1) Voir en ce sens Bezard-Falgas : « Traité du Contentieux des transferts », 3^e éd., 1924, n^o 17.

ventions matrimoniales un droit de disposition, d'administration sur les biens qu'elle a depuis apportés à la société. En règle générale, la femme aura un droit de vote aux assemblées des actionnaires — et sera ainsi sur un pied d'égalité avec son mari — lorsque les biens qui lui ont permis de devenir actionnaire n'étaient pas, avant leur cession à la société, soumis à un droit d'usufruit du mari (biens provenant du travail personnel de la femme sous tous les régimes matrimoniaux ; biens paraphernaux en régime dotal ; biens restant administrés par la femme sous les régimes séparatistes). Mais le mari aura seul le droit de vote aux assemblées générales s'il détient par le contrat de mariage, un droit de jouissance ou de disposition sur les biens de sa femme (biens de la communauté légale ; biens de la femme dans le régime sans communauté ; dot mobilière dans le régime dotal).

Nous admettons les mêmes conclusions s'il s'agit de droits attachés aux parts bénéficiaires (1), aux dividendes, et au partage du fonds social, à la dissolution de la société.

SECTION II

SOCIÉTÉS PAR INTÉRÊTS

SOMMAIRE. — 1^{er} parag. La situation des époux en face des principes essentiels des sociétés de personnes. — 2^e parag. La nature des apports faits par le mari et par la femme dans une société par intérêts. — 3^e parag. Les conjoints gérants d'une société de personnes. — 4^e parag. Les droits des époux relatifs à la dissolution de la société. — 5^e parag. La répartition des gains et pertes, la liquidation et le partage de l'actif des sociétés de personnes dans

(1) Voir D. H. 1928, p. 45, Chronique de Lalou.

lesquelles deux époux sont membres. — 6^e parag. Comment empêcher deux époux, membres d'une même société de personnes, de tourner les clauses de leur contrat de mariage. — 7^e parag. Les droits des époux membres d'une société à responsabilité limitée.

§ I.

Nous avons étudié, dans la section précédente, les droits des époux dans la participation aux sociétés par actions. Dans ces organismes, on associe principalement des biens ; ce sont des sociétés de « capitaux ». Par suite, ce qui aurait pu être modifié entre les époux était surtout d'ordre patrimonial.

Dans les sociétés par intérêts, des biens sont également mis en commun, mais en outre, un autre élément de grande importance se présente. Ces sociétés, en effet, sont fondées en considération de la personnalité des associés. « *L'intuitus personae* » des fondateurs préside à leur formation. Les rapports personnels des associés peuvent donc se trouver modifiés ; c'est ce qui a soulevé tant d'opposition à la reconnaissance de la validité des sociétés par intérêts dans lesquelles entrent les époux.

En réalité, cette opposition repose sur des arguments superficiels ; elle est le résultat d'une étude peu approfondie de ces problèmes. Nous avons montré à la section précédente que c'était une erreur de considérer les époux, membres d'une même société, comme contractant ensemble. Nous avons pensé qu'en fait comme en droit, il y avait deux contrats distincts passés d'une part, entre le mari et la société et d'autre part, entre la femme et la même société. C'est pourquoi nous préférons l'expression « les époux sont membres d'une même société » à l'expression « les époux se sont associés ». La société a un patri-

moine propre différent de celui des époux: Ce qui se passe dans une société de personnes est identifié à ce qui a lieu lorsque deux époux entrent dans une société par actions. Ils contribueront à la réalisation d'un patrimoine social et leur patrimoine propre restera intact puisque des droits sociaux auront, par une véritable subrogation réelle, remplacé les biens apportés à la société.

En ce qui concerne les rapports personnels des époux, nous pensons qu'il est bon de considérer l'évolution des mœurs et du droit. A l'heure actuelle, il n'existe plus de subordination légale entre les époux et rien ne nous interdit de distinguer l'époux sur le plan familial de l'associé sur le plan de la société. Il y a ici un véritable dédoublement de la personnalité assez fréquent d'ailleurs dans la vie courante ; les exemples abondent dont nous pourrions donner une longue liste mais nous nous bornerons à un seul cas : le maire d'une commune, s'il est marié, ne voit-il pas en sa femme tantôt une épouse, tantôt une simple administrée ?

Nous étudierons les principes généraux qui président à la validité d'une société par intérêts et nous rechercherons si leur existence s'oppose à ce que deux époux soient membres d'une telle société.

a) En premier lieu, dans une société de personnes, tous les associés sont commerçants même s'ils ne sont pas gérants. En conséquence, si deux époux sont membres d'une société en nom collectif ou commandités d'une société en commandite simple ils devront se considérer comme deux commerçants. Nous avons vu (1) qu'aucun

(1) Voir supra 2^e Chapitre, 1^{re} section, 2^e parag., Critique des articles 220 ancien du Code Civil et 5 du Code de Commerce.

texte de loi n'interdisait cet état. Un mari qui est membre d'une société de personnes dans laquelle son épouse est également intéressée manifeste clairement sa volonté de ne pas empêcher sa femme d'exercer le commerce ; Comme conséquence, deux époux membres d'une même société pourront être déclarés en faillite simultanément.

En second lieu, tous les associés d'une société en nom collectif ou en commandite simple sont tenus indéfiniment et solidairement. Est-ce que ce caractère fondamental de telles sociétés rend les époux incapables d'en être membres ? Nous ne le croyons pas. En réalité, les règles établissant les rapports des époux en qualité d'associés ne seront pas moins libérales que celles qui existent entre les époux considérés sur le plan conjugal. Les conjoints en effet, sauf sous le régime dotal où la dot est inaliénable, peuvent se porter garants l'un de l'autre jusqu'à concurrence de la totalité de leurs biens. Pourquoi leur refuser en qualité d'associés ce qu'ils peuvent faire en qualité d'époux ?

Nous entendons bien qu'une femme mariée ne peut, à l'avance, s'interdire le droit de demander la séparation de biens en cas de mauvaise gestion de son mari. Une femme commune en biens entrant en compagnie de son mari dans une société de personnes constituée pour une durée déterminée ne renoncerait-elle pas, *ipso facto*, à ce droit ? Nous répondrons que la femme conserve tous ses droits. Elle pourra les exercer de la même façon qu'elle le ferait si elle n'était pas liée à la société dont le mari est membre. Lorsqu'une femme mariée et commune en biens se trouve dans une situation lui permettant de demander la séparation de biens, elle pourra l'obtenir dans les conditions normales ; le jugement lui donnera la faculté

de faire valoir personnellement les droits que son mari exerçait comme usufruitier ou administrateur.

§ 2.

Les époux apporteront à la société les biens dont ils ont la jouissance. Or, pour deux époux, la jouissance des biens est déterminée par les conventions matrimoniales.

a) Dans les régimes de communauté, le mari apportera : son industrie, ses biens propres, les biens communs, l'usufruit des propres de la femme et, avec le concours de cette dernière, la nue propriété de ses propres. Ce concours lui sera en effet nécessaire puisqu'il sera procédé à une véritable aliénation au profit de la société. La femme, de son côté, apportera ses biens réservés s'il y a lieu, certains propres dont elle se sera, par contrat de mariage, réservé l'administration et la jouissance, son industrie.

b) Sous les régimes séparatistes chacun des époux apportera personnellement ses biens, la femme restant d'ailleurs soumise aux règles générales et, en particulier, aux obligations de l'article 1538 du Code Civil.

c) Dans le régime dotal spécialement, le mari apportera ses biens propres, la dot mobilière, son industrie. La femme apportera son industrie, ses paraphernaux, ses biens réservés. La dot immobilière inaliénable en principe, restera en dehors des biens pouvant faire l'objet d'apports dans la société et ne pourra être saisie par les créanciers sociaux au même titre qu'elle ne le serait si le mari était seul membre d'une société.

En échange de ses apports, l'époux recevra des droits qui prendront dans son patrimoine la place des biens remis à la société : les règles auxquelles ces droits seront soumis seront déterminées par le régime matrimonial des époux.

§ 3.

En vertu de l'article 1859 al. 1^{er} du Code Civil tous les associés sont gérants si les statuts de la société ne chargent pas une ou plusieurs personnes des fonctions administratives. Cette disposition ne peut en rien être modifiée ou altérée du fait que deux époux se trouvent membres d'une même société ; ils sont, en effet, non plus des époux mais des associés et s'ils deviennent gérants de droit, ils auront à gérer des biens sociaux et non pas les leurs. La femme commune ne recevra pas l'administration de ses biens, des biens communs, ou des biens du mari ; elle gèrera les biens de la personne morale qui est la société. La même solution doit être admise pour le mari s'il reçoit la gérance.

Dans la pratique, les gérants sont désignés par les statuts et c'est le plus souvent un ou plusieurs des associés qui reçoivent la fonction d'administrer la société. Les gérants sont alors de véritables mandataires ordinaires. Nous avons vu précédemment que le mandat pouvait, sans difficulté, être accepté soit par le mari, soit par la femme dans le cadre de la société.

Le gérant d'une société par intérêts n'est donc qu'un mandataire et nous admettons que la femme pourra toujours recevoir la gestion. Etudions le cas le moins favorable apparemment dans lequel une femme pourrait se trouver ; une femme mariée sous le régime de la communauté n'a aucun bien réservé ; elle n'apporte que son industrie. Nous lui reconnaitrons cependant le droit de gérer la société (1).

(1) La femme pourrait être gérante sans être membre de la société, mais elle serait alors salariée et non plus associée.

Nous savons qu'il peut y avoir dans une société en nom collectif plusieurs gérants et qu'il est possible, au terme de l'acte constitutif de la société, que l'administration soit divisée de telle sorte que chacun des gérants ait plein pouvoir de gestion dans le domaine qui lui est réservé. Chaque gérant peut être considéré comme gérant unique pour ce qui le concerne. Mais les gérants peuvent aussi recevoir une compétence générale pour toute la gestion de la société. Ils sont alors dans un état de complète égalité. Les adversaires de la validité des sociétés entre époux ne manquent pas de voir là un fait incompatible avec l'état de mariage. Nous avons suffisamment montré que rien ne s'opposait plus aujourd'hui à la plus étroite collaboration économique entre deux conjoints pour qu'il soit utile d'y revenir. Nous admettrons donc que les époux pourront être gérants même simultanément.

§ 4.

Les modes de dissolution légale ou judiciaire ne présentent pas d'intérêts pour notre étude. Nous rechercherons seulement dans quelles mesures aura lieu la dissolution volontaire des sociétés de personnes dans lesquelles deux époux se trouvent membres.

Lorsque la dissolution est opérée sur la volonté de tous les associés, aucune difficulté ne se présente, mais il se peut aussi qu'un seul associé demande cette dissolution, si la société a été constituée pour une durée illimitée.

La présence des deux époux dans la même société peut-elle avoir une influence sur la possibilité qu'ils auront de demander, en qualité d'associés, la dissolution. Nous ne le pensons pas. Croire le contraire serait oublier que les époux, à l'intérieur de la société, ne sont plus que des

associés possédant des droits identiques à tous les autres sociétaires. Ou bien la société est créée pour une durée illimitée, et chaque associé — donc chaque époux — peut demander, dans la mesure de ses droits sociaux, la dissolution. Ou bien la société est constituée pour une durée fixe et chaque associé — donc chaque époux — peut intervenir personnellement dans les délibérations relatives à la dissolution anticipée de la société.

Nous savons que le mari possède le droit de s'opposer à la continuation de l'exploitation d'un commerce par sa femme. L'exercice de ce droit à l'égard d'une femme membre d'une société de personnes aura pour but de retirer à la femme l'autorisation d'être associée et entraînera nécessairement la dissolution de la société. Nous ne croyons pas qu'il faille exagérer l'importance de ce droit ; d'une part, ce droit a un domaine d'application restreint (1) ; d'autre part, le mari le possède même si sa femme est associée, seule avec des tiers, et on n'a jamais conclu pour cela que la femme était incapable d'être associée avec des personnes autres que son mari.

§ 5.

Au cours de l'existence de la société, les bénéfices ou les pertes seront soumis aux règles prévues par le régime matrimonial des époux.

a) Dans tous les régimes, la femme recevra directement sa quote part des bénéfices sociaux, au prorata des mises faites avec ses biens réservés.

(1) V. 1^{re} partie, 2^e chapitre, 2^e section ; 1^{re} et 2^e partie, 1^{er} chapitre, 2^e section, 2^e paragraphe.

Dans les régimes de communauté, le mari touchera les parts de bénéfices proportionnellement à la valeur des biens dont il aura fait apports soit comme propriétaire, soit comme usufruitier.

Dans les régimes séparatistes, chacun des époux recevra de la société la part des bénéfices auxquels lui donnent droit ses apports.

Ces dispositions sont équitables et laissent intactes les conventions matrimoniales. Elles sont justes ainsi que le démontre l'exemple suivant : Si la femme commune en biens avait apporté ses biens réservés à une société dans laquelle le mari n'est pas intéressé, elle recevrait — la loi du 13 juillet 1907 lui en reconnaît le droit — le profit de ses mises sociales. D'autre part le mari aurait pu, de son côté, apporter ses propres biens et les biens communs ainsi que l'usufruit des biens de sa femme dans une société dans laquelle la femme est étrangère ; ce mari toucherait la part des bénéfices proportionnelle à ces apports. Nous ne voyons aucune impossibilité à ce que les mêmes résultats soient obtenus quand le mari et la femme ont fait des apports à la même société.

Les résultats seraient semblables si l'exemple choisi avait porté sur des époux mariés sous un régime séparatiste.

On sait que chaque associé a le droit de réclamer sa part en nature dans tous les biens sociaux au moment du partage. Ce droit sera exercé par l'associé qui a apporté les biens à la société.

b) Quant à la dissolution, deux situations peuvent se présenter : l'actif net est au moins égal au capital avec lequel la société a été constituée ou il est inférieur.

Dans le premier cas, avant de procéder au partage des bénéfices il y a lieu de reconstituer le capital social. S'il

n'y a pas de dispositions spéciales dans les statuts, chaque associé aura le droit de prélever sur l'actif une somme égale à son apport en biens. Là, comme dans le cas du partage en nature, chaque époux retirera la valeur de ce qu'il aura apporté. Il échangera les droits qu'il avait reçus de la société lors de la constitution, contre des biens matériels ou du numéraire. Il est évident que l'associé — l'époux occasionnellement — qui n'aura fait qu'un apport en industrie ne recevra rien dans le partage du fonds social.

La liquidation se poursuit, après le remboursement du capital des apports, par la répartition de l'excédent de l'actif s'il existe.

Nous pensons que les époux peuvent être membres d'une même société, mais nous avons toujours cru qu'il était bon de sauvegarder le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Or, nous avons montré que ce principe n'était nullement atteint quand il s'agissait pour les époux devenus associés d'administrer le patrimoine social. Mais au moment de la répartition des bénéfices, à la liquidation, la question se pose à nouveau. Il se pourrait, en effet, que des clauses statutaires modifient la constitution primitive du patrimoine des époux. Ces clauses porteraient sur la répartition non proportionnelle de l'actif social après reprise par les conjoints de leurs apports respectifs. Il est à remarquer que si les époux sont mariés sous le régime de la communauté ces clauses n'ont pas d'intérêt car en définitive, les profits tirés de la société finiront toujours par tomber dans la communauté que ce soit du chef du mari ou de celui de la femme. Mais il n'en est plus de même si les époux ont adopté le régime de la séparation de biens. Dans ce cas, des époux pourraient par une répar-

tition convenable de l'actif social, revenir à un état plus ou moins rapproché de la communauté.

Afin de ne pas donner aux époux une occasion de frauder, nous rendons obligatoire le partage du reliquat social, proportionnel aux apports.

Dans le deuxième cas, si l'actif social est inférieur aux dettes sociales, il faut déterminer la part dans laquelle chaque associé contribuera aux pertes. En principe (article 1853 du Code Civil) cette part est proportionnelle aux apports, mais là encore, il peut être stipulé dans l'acte constitutif de la société que la répartition sera faite sur des bases différentes. En fait, ce serait revenir aux mêmes possibilités de fraudes que celles signalées plus haut et nous considérerons une telle clause comme nulle.

La répartition des bénéfices, la liquidation et le partage du boni social, faits selon ces règles ne modifient en rien les dispositions du contrat de mariage.

§ 6.

Les règles de constitution des sociétés par intérêts sont libérales et de plus, il suffit d'apporter son industrie pour devenir associé. D'autres caractères avantageux des sociétés de personnes — voir un exemple cité au paragraphe précédent — peuvent encore être mis à profit par des conjoints soucieux de modifier les clauses de leur contrat de mariage. Or, nous pensons qu'il est nécessaire d'entraver la modification des stipulations matrimoniales. Nous nous efforcerons donc d'empêcher les époux de trouver dans la société le moyen de les modifier si, en cours de mariage, l'intérêt leur commandait de le faire. On pourrait craindre principalement que des femmes mariées collaborant au commerce ou à l'industrie de leur mari d'une manière accessoire et

intermittente, demandent au moment de la dissolution du mariage, à bénéficier des avantages que leur procurerait un état d'associé.

Nous savons bien qu'il est nécessaire pour qu'il y ait « société » que les parties aient vraiment eu la volonté de participer en commun au succès d'une entreprise. Il faut qu'il y ait eu entre les associés « l'effectio societatis » et dans la pratique, cela permet de distinguer les véritables sociétés des entreprises avec participation aux bénéfices. Mais il faut bien admettre qu'il n'est pas toujours aisé de prouver que « l'affectio societatis » a ou n'a pas existé.

L'article 39 du Code du Commerce exige que les sociétés commerciales fassent dans leur constitution l'objet d'un acte écrit — acte qui peut être authentique ou simplement sous seing privé —. L'acte doit être établi avant la constitution de la société puisqu'une certaine publicité y est attachée. Les règles relatives à la publicité ont été prescrites par le Code de 1807 et elles ont été modifiées par la loi du 24 juillet 1867 et par le 15^e décret-loi du 30 octobre 1935. Telles qu'elles se présentent aujourd'hui elle semblent suffisantes pour écarter les tentatives de fraudes quand les époux participent à la constitution d'une société. En effet, les deux formalités du dépôt au greffe du tribunal de commerce de l'acte constitutif (article 55 de la loi de 1867) et la publication d'un extrait du même acte dans un journal d'annonces légales (suivant l'article 56 de la loi de 1867) doivent être remplies dans un délai d'un mois après la constitution de la société, sous peine de nullité.

Cependant, ces règles ne doivent pas être interprétées comme faisant du contrat de société commerciale un contrat solennel dont l'existence est subordonnée à la rédaction d'un écrit. Cela n'est en effet, qu'une règle de preuve et la

nullité de la société qui s'ensuit — pour cause de non publicité — n'est pas opposable par les associés aux tiers qui seront toujours admis à prouver contre eux, par tous les moyens, l'existence de la société. En outre, à défaut d'écrit, les associés eux-mêmes pourraient les uns contre les autres, faire la preuve de leur contrat par l'aveu et le serment. Afin que les époux ne puissent utiliser le serment et l'aveu et prouver ainsi qu'une société plus ou moins réelle a existé entre eux, nous repoussons ces moyens de preuve même entre conjoints et nous exigeons qu'un écrit soit rédigé.

Enfin, nous n'admettons la cession des parts sociales entre les époux associés que selon les conditions énumérées par l'article 1595 du Code Civil, article qui indique les trois cas dans lesquels la vente est admise entre conjoints.

§ 7.

Dans ce qui précède, nous n'avons pas fait mention de la société à responsabilité limitée ; c'est que cette société ne peut être classée ni dans le groupe des sociétés de capitaux ni dans celui des sociétés par intérêts (1). Elle tient à la fois de ces deux formes de sociétés. En effet, l'article 1^{er}, al. 1^o de la loi du 7 mars 1925 déclare que la responsabilité des associés est limitée au montant de leurs mises, mais en outre les parts sociales ne peuvent être représentées par des titres susceptibles de négociations en bourse en raison de « l'intuitus personae » qui préside à la formation de telles sociétés. Les parts sociales ne peuvent être cédées que dans

(1) La jurisprudence s'oppose à la doctrine. La première (Cass. Req. 15-2-1927, D. H. 1937, p. 179) annule une société à R. L. comprenant deux époux. La seconde donne une solution contraire (v. Drouet « Sociétés à R. L. », n^o 85 ; Lepargneur : « Sociétés à R. L. », n^o 9 ; voir cependant Houpin et Bosvieux, II, n^o 1493).

les formes de cession de créances indiquées par l'article 1690 du Code Civil.

Nous pourrions dire que, puisque nous admettons pour les deux époux la possibilité d'être membres d'une société par actions ou d'une société de personnes, nous admettons par le fait même de la participation des conjoints à toute société se rattachant à l'une ou à l'autre de ces formes sociales ou aux deux simultanément.

Examinons cependant quelques points particuliers : Les règles de constitutions spéciales aux sociétés à responsabilité limitée ne présentent aucune particularité qui empêcherait deux époux d'être membres d'une telle société. L'article 5 de la loi du 7 mars 1925 déclare que le nombre des associés peut être quelconque. Les deux époux pourront donc former une société à responsabilité limitée dans laquelle ils seront seuls membres.

Les associés doivent répartir entre eux toutes les parts qui constituent le capital social. Ces parts doivent être intégralement libérées sans qu'il y ait lieu de rechercher si elles sont en nature ou en numéraire. Rien dans tout ceci ne présente une impossibilité pour les époux d'être membres d'une société à responsabilité limitée.

L'article 4 de la loi, dans son alinéa 1^o exige en outre la rédaction d'un acte soit authentique soit sous seing privé. Cela est tout à fait en conformité avec ce que nous avons cru bon de décider pour toutes les sociétés par intérêts dans lesquelles figureraient des conjoints.

Les sanctions qui répriment dans les sociétés à responsabilité limitée des surestimations d'apports semblent suffisantes pour décourager toute tentative de modification frauduleuse des conventions matrimoniales.

Dans les sociétés à responsabilité limitée comme dans les autres sociétés, les gérants sont des mandataires salariés ou gratuits (article 24, 1^{er} al.). La situation de ces mandataires est identique à celle dont bénéficient les gérants des sociétés par actions ou de personnes. Nous appliquerons toujours les mêmes principes et nous reconnaitrons aux époux le droit de gérer dans les mêmes conditions que celles indiquées aux sections précédentes pour les gérants des sociétés de capitaux ou par intérêt (1).

On sait que dans la société à responsabilité limitée comptant moins de vingt membres un conseil de surveillance n'est pas obligatoire. Le contrôle sera alors exercé par chaque associé et les époux le feront au même titre que les autres sociétaires.

Quand la société à responsabilité limitée compte plus de vingt membres, un conseil de surveillance composé de trois associés au moins surveille l'administration. Le mari et la femme pourront être membres de ce conseil sous les réserves apportées par l'article 6 du 2^e décret-loi du 8 août 1935 (2), puisqu'ils peuvent remplir des fonctions à peu près analogues dans les sociétés de capitaux.

Les droits des époux aux assemblées seront déterminés par les conventions matrimoniales dans les formes et avec

(1) Houpin et Bosvieux reconnaissent aux époux le droit de souscrire des parts d'une société à responsabilité limitée, mais les exclut l'un et l'autre de la direction de l'entreprise afin « qu'aucun conflit ne risque de les diviser et de faire échec à la puissance maritale. » *Traité des Sociétés* », 7^e éd., II, n° 1493.

(2) Cet article interdit aux faillis, aux condamnés pour crimes de droit commun ou pour certains délits touchant l'honorabilité de gérer une société par actions ou à responsabilité limitée.

les modalités identiques à celles que nous avons étudiées dans les sociétés par actions.

Dans les sociétés à responsabilité limitée — comme dans les sociétés de capitaux — la disparition d'un associé n'entraîne pas automatiquement la dissolution de la société malgré « l'intuitus personæ » de ses membres fondateurs. Cette disposition est très importante car nombreuses sont en pratique les sociétés à responsabilité limitée instituées entre personnes de la même famille : beau-père et gendre par exemple. Le beau-père venant à décéder, la fille héritière de son père pourra devenir associée sans qu'il soit nécessaire de procéder à la constitution d'une nouvelle société comme cela serait le cas normal s'il s'agissait d'une société en nom collectif.

En ce qui concerne le partage des bénéfices, à la fin d'un exercice social, à la liquidation et au partage du fonds social, nous appliquerons les mêmes règles que celles précédemment exposées pour les sociétés par actions ou par intérêts.

DEUXIEME PARTIE

CONTRAT DE TRAVAIL ENTRE EPOUX

INTRODUCTION

Le Code Civil a été rédigé à une époque où la femme mariée exerçant une profession, était une exception. Nous savons bien qu'elle a toujours pu exploiter un fonds de commerce, mais ce n'est qu'avec le développement de la grande industrie, dont l'essor considérable date de 1820, que les femmes se firent en grand nombre ouvrières ; C'est au début du ^{xx}^e siècle, et surtout pendant la guerre de 1914-1918 qu'elles devinrent employées.

Le législateur de 1804 considère que le rôle de la femme dans la Société est de se destiner à l'administration de son foyer ; elle doit être comme on l'a dit « le ministre de l'intérieur ». Cela explique pourquoi, à part l'article 220, on ne rencontre dans notre Code aucun texte intéressant l'activité économique de la femme mariée. Or, depuis plus d'un siècle la femme a, sans cesse, accru son intervention dans la vie économique. Il faut bien admettre que c'est avec hésitation et retard que le législateur est intervenu pour reconnaître et protéger les droits féminins. Les lois n'ont d'ailleurs pas toujours eu un résultat aussi satisfaisant qu'on aurait pu être en droit de le prétendre : telle la loi du 13 juillet 1907 qui, encore de nos jours, est à peu près complètement ignorée des femmes au profit desquelles elle était destinée.

Il y a lieu, de nos jours, de reconnaître l'évolution importante de l'activité féminine et en particulier celle de la femme mariée et d'adapter notre Droit aux besoins nouveaux.

Le contrat de société que nous avons largement considéré comme valable entre mari et femme, n'est pas le seul qui permette à ces derniers d'établir entre eux une collaboration constante.

Nous savons que le mandat et la vente sont également permis entre conjoints, tout au moins sous certaines conditions ; mais ce ne sont là que des moyens temporaires et intermittents par lesquels les époux peuvent avoir des rapports économiques.

Beaucoup plus intéressant et profitable est le contrat de travail. On n'a voulu d'ailleurs ne voir dans cette dernière convention qu'une sorte de contrat de société ; l'employé étant considéré comme un associé du patron dans l'œuvre de la production (1). En réalité, il faut bien admettre qu'il existe entre ces deux contrats des traits de comparaison sur le plan social et économique ; il serait d'ailleurs très souhaitable que ces liens se développent, mais reconnaissons que, sur le plan juridique, ces deux contrats, travail et société, sont loin de se confondre. Le contrat de travail en effet, diffère du contrat de société par deux éléments importants. En premier lieu, la société établit entre tous ses membres un principe d'égalité juridique ; or, au contraire, le contrat de louage de services crée entre le patron et l'ouvrier un état de subordination. En second lieu, la société est une entreprise dont les résultats en gains ou en pertes sont aléatoires ; au contraire, le contrat de travail permet à l'ouvrier d'être assuré de son salaire quelle que soit la prospérité de l'entreprise du patron. Le fait pour l'ouvrier d'avoir droit à participer

(1) V. Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1904, p. 313. « Esquisse d'une nouvelle théorie sur le contrat de travail ».

aux bénéfices ne change pas le caractère du contrat qui le lie à son patron, la participation aux bénéfices n'étant qu'une sorte de complément au salaire.

Mais pourrait-on dire, puisque le contrat de société est valable entre époux, pourquoi rechercher les conditions d'existence du contrat de travail entre ceux-là ? Quand les conjoints auront à poursuivre ensemble des buts économiques autres que ceux prévus par leurs conventions matrimoniales, pourquoi ne créeraient-ils pas entre eux une société commerciale, l'apport de l'un consistant en son industrie ? Nous répondrons simplement que ces deux systèmes de collaboration ne peuvent pas se substituer l'un à l'autre. Pour qui connaît les difficultés et les complications de la vie économique moderne, il ne semble pas douteux que la société corresponde à certains besoins et le contrat de travail à d'autres. Lorsqu'un chef d'entreprise sent la nécessité d'augmenter son personnel il n'a aucune hésitation pour savoir s'il prendra un associé ou s'il engagera un employé.

Particulièrement, le problème se pose donc de savoir si les époux peuvent créer entre eux des rapports de patron à ouvrier. Après avoir étudié la position jurisprudentielle et doctrinale dans cette matière, nous rechercherons dans quelles conditions le louage de services peut être admis entre les conjoints et les effets que ce contrat fera naître entre eux.

CHAPITRE I

Doctrine et Jurisprudence devant le contrat de travail entre époux

SECTION I

DE QUELQUES DÉCISIONS JURISPRUDENTIELLES ET DOCTRINALES

L'étude de la doctrine fait apparaître une divergence de vues entre les auteurs. Certains nient la validité de tout contrat de travail entre époux (1) ; d'autres admettent que le mari pourra prendre sa femme à son service comme employée (2), mais contestent que le mari puisse être l'employé de sa femme ; d'autres enfin inclinent à la reconnaissance du contrat de travail faisant du mari l'employé de sa femme (3).

La jurisprudence, de son côté n'est pas plus ferme dans ses décisions. Certains tribunaux ont nettement refusé aux époux le droit d'établir entre eux des liens de subor-

(1) Planiol et Ripert : « *Traité Pratique de Droit Civil Français* », t. VI, p. 41, n° 803.

Sachet : « *Traité des accidents du Travail* », 6^e éd., n° 215.

Voirin, note au D. 1928.1.169

(2) Baudry, Lacantinerie, Wahl : « *Traité de Droit Civil. Contrat de louage* », t. II, n° 1664 *bis* et 1657, 3^e éd.

(3) Note de P. Esmein au S. 1937.1.169.

dination découlant d'un contrat de travail (1). D'autres tout en décidant que le mari n'était pas tenu aux obligations d'un employé l'ont cependant considéré comme étant subordonné à sa femme (2). Enfin, la Cour de Rouen (3) dans un important arrêt, le 16 juillet 1936, a reconnu implicitement que la femme pouvait être l'employée de son mari.

Les auteurs et les tribunaux ont fait appel à des principes différents afin de justifier leurs décisions et cela explique la diversité des opinions que nous avons signalée. Nous exposerons et critiquerons les arguments qui furent invoqués.

SECTION II

LE MARI NE POURRAIT PAS ÊTRE LE SUBORDONNÉ DE SA FEMME

SOMMAIRE. — 1^{er} parag. Le principe de l'autorité maritale serait détruit; 2^e parag. La valeur actuelle de cet argument.

1^o C'est l'argument le plus souvent rencontré dans la jurisprudence ou chez les auteurs (4). Reconnaître à la

(1) Trib. Civ. Auxerre 4-12-1901, D. 1903.5.464; Trib. Paix Reims 18-11-1903, P. F. 1904.2.260; Trib. Civ. Vienne 8-8-1908, Gaz. Pal., 1909.1.64; Trib. Civ. Seine 11-5-1912, Rev. Trim. D. Civ. 1912, p. 1006; Caen 26-12-23, Gaz. Pal. 1924.1.348; Cass. Crim. 1-7-1933, S. 1933.1.353.

(2) Cass. Req. 12-7-1887, S. 1887.1.384; Douai 9-8-1899 sous Cass. Req. 5-11-1900, S. 1901.1.278; Cass. Req. 16-12-1929, S. 1930.1.308; Cass. Req. 12-12-1933, S. 1934.1.94, D. H. 1934, p. 118.

(3) Rouen 16-7-1936, S. 1937.1.169. Note Esmein et Rev. Trim. D. Civ. 1937, p. 95 Note Lagarde.

(4) Baudry, Lacantinerie, Wahl, *op. cit.*, n° 1657; Trib. Civ. Auxerre 4-12-1901, D. 1903.5.464 précité; Trib. Paix Reims 18-11-1903, P. F. 1904.2.269 précité.

femme le droit d'être la patronne de son mari c'est retirer à ce dernier toutes les prérogatives qu'il possède sur sa femme en vertu de son autorité maritale.

Il ne fait aucun doute qu'il y avait là, avant la loi du 18 février 1938, un gros obstacle à la reconnaissance du contrat de travail par lequel le mari devenait l'employé de sa femme. M. Esmein (1) fait remarquer que s'il est possible de réduire l'autorité maritale « dans un domaine limité de l'activité de la femme, à savoir son activité professionnelle indépendante, on ne peut guère concevoir, à moins d'anticiper sur sa suppression, qu'elle fasse place, même dans un domaine limité, à une subordination du mari à la femme ».

2° L'anticipation à laquelle fait allusion l'auteur est aujourd'hui une réalité : la loi du 18 février 1938 a supprimé l'autorité maritale. On ne peut plus se baser uniquement sur ce fait pour interdire au mari d'être le subordonné de sa femme.

Mais pour que la femme puisse être la patronne de son mari, il lui faut nécessairement se trouver à la tête d'une entreprise. Nous verrons que c'est là une des conditions nécessaires à la validité du contrat de travail entre époux. Or, dans ce domaine, la femme mariée se trouve encore de nos jours, dans une large mesure, sous la dépendance de son mari.

En effet, les articles 215 et 216 nouveaux du Code Civil autorisent la femme mariée à exercer une profession sauf l'opposition du mari agissant, en qualité de chef de la famille, dans l'intérêt du ménage.

(1) Note au Sirey 1937.I.169 précitée.

De plus, l'article 4 du Code de commerce, d'après lequel la femme mariée ne peut être commerçante sans le consentement de son mari, n'a pas été abrogé et ses dispositions sont toujours en vigueur.

Si le mari s'oppose valablement à ce que sa femme crée ou acquiert un commerce ou une profession non commerciale quelconque, le contrat de travail entre conjoints devient impossible et la situation ne présente aucun intérêt pour le sujet que nous étudions. Il n'en est plus de même lorsque le mari a autorisé sa femme, soit tacitement, soit expressément, à tenir un commerce ou à exploiter une entreprise industrielle ou agricole puis, après être devenu son subordonné, prétende exercer son droit d'opposition. N'est-ce pas un vestige de l'autorité maritale qui subsiste ? Et n'est-ce pas paradoxal de permettre à un employé d'interdire légalement à son employeur l'exercice de sa profession ?

Il n'y a pas là, en réalité, un empêchement aussi considérable qu'on pourrait le croire.

Étudions en premier lieu le cas d'un mari employé de sa femme laquelle exploite une entreprise non commerciale. Le mari a la faculté de s'opposer à ce que sa femme continue d'exercer sa profession mais le tribunal, selon l'article 216, al. 2 du Code Civil, peut, sur la demande de la femme l'autoriser à passer outre à l'opposition maritale quand celle-là n'est pas justifiée par l'intérêt du ménage ou de la famille. En d'autres termes le mari ne peut pas, par simple caprice, ou pour quelques causes que ce soit, sauf celles considérées par l'article 216 du Code Civil, interdire à sa femme la continuation de l'exercice de sa profession.

Ces dispositions sont à nos yeux très importantes. Le législateur de 1938, comme celui de 1804, a admis que le rôle naturel de la femme était d'être présente à son foyer. Mais il a considéré également toutes les nécessités sociales qui s'imposent à l'époque contemporaine. Il y a là deux tendances contradictoires ; la loi du 18 février 1938 a pris une position moyenne. Le législateur a pensé que si les occupations professionnelles de la femme mariée avaient des conséquences dommageables pour le ménage et la famille, il y avait atteinte aux bonnes mœurs et il est normal que le mari, gardien de l'intérêt familial, intervienne. Ce dernier n'agit plus dans son intérêt personnel mais en vertu d'un reste d'autorité maritale comme il aurait pu le faire avant la loi du 18 février 1938.

Étudions maintenant le cas d'une femme mariée commerçante. Sa situation est légèrement différente de celle d'une femme exerçant une profession non commerciale. En effet, avant la promulgation de la loi du 18 février 1938 la question de savoir si la femme pouvait obtenir de la Justice l'autorisation de poursuivre, malgré l'interdiction de son mari, l'exploitation d'un commerce, était discutée. Le Code de Commerce ne prévoit pas ce cas et la loi du 18 février 1938 a abrogé les textes du Code Civil relatifs à l'autorisation de la Justice puisque la femme est devenue civilement capable. On pourrait donc croire que l'autorisation judiciaire n'est pas admise en cette matière. C'est cependant une solution opposée que nous adopterons car il n'est pas douteux que le législateur contemporain a voulu soustraire la femme aux abus du mari et nous admettrons que le mari ne peut interdire à son épouse l'exploitation d'un commerce que si l'intérêt familial l'exige et qu'à

défaut de l'autorisation du mari la femme pourra l'obtenir de la Justice.

Si donc un mari, employé ou non de sa femme, révoque son autorisation donnée à sa femme pour exploiter un commerce, cette dernière pourra recourir devant le tribunal civil lequel aura à rechercher — conformément à l'esprit moderne de notre législation — si l'intérêt de la famille ou du ménage justifie cette opposition maritale.

Notre conception aboutit, en réalité, à considérer le mari exerçant son droit d'opposition en qualité de gardien du bon ordre social et en première instance puisqu'une sorte de recours devant le tribunal civil est mis à la disposition de la femme. Le mari opposant n'agira donc pas comme employé mais en vertu de ses prérogatives de chef de la famille, surveillant du bon ordre familial. La même personne physique se dédouble pour agir tantôt comme époux, tantôt comme employé (1).

De cela il résulte que le mari pourra sans inconvénient être le subordonné de sa femme à la suite d'un contrat de travail. Par le fait même du contrat de louage de services, le mari aura tacitement autorisé sa femme à exercer une profession ou à exploiter un commerce. Si après la passation de cet acte il apparaît que l'intérêt majeur du ménage ou de la famille exige que la femme cesse son activité professionnelle, le mari interviendra et s'opposera à la continuation de la profession de sa femme, au même titre qu'il le ferait s'il n'avait pas été lié avec elle par un contrat de travail. Notre conclusion est donc que le droit éventuel, limité et contrôlé, d'après lequel le mari peut s'opposer à

(1) V. 1^{re} partie, 3^e chap. 2^e section : la personnalité de l'associé distincte de celle de l'époux.

ce que sa femme exerce une profession, ne peut être raisonnablement considéré comme emportant l'impossibilité pour les époux de passer entre eux un contrat de travail.

SECTION III

LA FEMME NE POURRAIT PAS ÊTRE LA PRÉPOSÉE DE SON MARI

SOMMAIRE. — A) Le contrat de travail serait contraire à l'esprit du mariage; exposé de la thèse et comparaison de l'état de mariage et de celui qui découle d'un contrat de travail. B) Le contrat de travail serait inutile dans les régimes de communauté; que faut-il entendre par « travail séparé »; nécessité d'un contrat de travail; preuves du contrat de travail entre époux. C) Le contrat de travail entre époux porterait atteinte aux conventions matrimoniales; d'autres contrats modifient le contrat de mariage; effets du contrat de travail sur le contrat de mariage: le mari est l'employé de sa femme; la femme est l'employée de son mari.

§ I.

A. Nous venons d'étudier l'influence des droits maritaux sur la validité du contrat de louage de services entre conjoints et nous avons vu qu'on en avait déduit, à tort, l'impossibilité pour la femme de prendre son mari comme employé.

a) Mais certains auteurs et tribunaux (1) vont plus loin et déclarent que toute convention qui ferait du mari le

(1) Trib. Civ. Vienne 8-8-1908, Gaz. Pal. 1909.1.64 précité.
Voinin, note au D. 1928.2.169.

patron de sa femme est incompatible avec l'institution même du mariage.

Voirin déclare que le contrat de travail entre époux est non seulement prohibé lorsque le mari y joue le rôle de salarié mais encore quand ce dernier occupe la place d'employeur, et l'auteur d'ajouter : « on serait tenté d'expliquer la prohibition par le devoir d'assistance qu'impose aux époux l'article 212 du Code Civil et d'où il résulterait une incompatibilité irréductible. La raison est suffisante, car la même exclusion du contrat de travail se rencontre dans les rapports de parents avec leurs enfants mineurs. Nous pensons précisément que l'obstacle auquel se heurte le contrat de travail entre époux et entre parents et enfants mineurs se trouve dans une idée commune aux puissances paternelle et maritale compte tenu de l'évolution historique qu'elles ont subies. Tandis que le contrat de travail établit un rapport de subordination dans l'intérêt égoïste du patron, les puissances familiales en font naître un autre dont la finalité est tellement différente que ni le père ni le mari « ne sauraient sans commettre un abus agir dans leur propre intérêt et faire leur une prérogative qui a été établie en vue d'une fin étrangère à leur individualité » (Josserand : « De l'esprit des droits et de leur relativité », 1927, p. 88). Il est interdit au mari de conclure avec son épouse un contrat de travail qui le placerait entre son intérêt et son devoir ».

L'auteur de cette note établit une comparaison entre les puissances maritale et paternelle. L'autorité qu'elles font naître a pour but, dit-il, un devoir de protection désintéressé alors que l'autorité du patron a pour but d'établir une différence sociale à son profit. L'état de mariage s'oppose donc à celui que créent les rapports de patron à employé. De plus, il semble impossible que le statut du

salariat se substitue plus ou moins au statut matrimonial car ce dernier est d'ordre public.

b) Il faut bien admettre que là encore, cet argument, quelle que put être sa valeur dans le passé, est devenu caduc. La loi du 18 février 1938 a modifié l'article 213 du Code Civil. Le devoir de protection du mari à sa femme est supprimé ; le devoir d'obéissance de la femme n'existe plus. Les époux sont placés sur le plan conjugal dans une complète égalité de principe. Il n'est plus possible de comparer l'article 213 nouveau avec les articles 371 et suivants du Code Civil. Si la puissance paternelle subsiste, la puissance maritale a disparu.

Sans doute, il y a encore un statut matrimonial. L'article 212 du Code Civil crée pour l'un et pour l'autre des époux des devoirs de secours et d'assistance. Mais nous ne voyons point qu'ils soient la survivance de la puissance maritale. Ce sont des devoirs réciproques qui obligent au même titre l'un et l'autre des conjoints.

D'ailleurs, même avant la loi du 18 février 1938 la puissance maritale et la puissance paternelle pouvaient-elles être l'objet d'une aussi étroite comparaison ? Les fondements de l'une et l'autre étaient-ils si proches qu'on puisse confondre leurs effets ? Nous ne le pensons pas. Certes, le statut matrimonial tel qu'il existe aujourd'hui est d'ordre public. La loi fait du mari le chef de la famille ; les époux ne peuvent pas, par leur simple volonté, remplacer ce statut d'ordre public par un statut d'ordre privé découlant d'un contrat de travail (1).

(1) « Il semble contraire à l'esprit de l'institution du mariage qu'il puisse dépendre de la volonté des époux de substituer aux rapports lé-

L'état découlant d'un contrat de travail passé entre deux personnes, qu'elles soient ou non unies par des liens de parenté, est d'une toute autre nature que celui qui résulte du mariage ou de la filiation. Le domaine de subordination de l'employé au patron est très restreint ; il est essentiellement limité à ce qui concerne l'accomplissement du travail ; cette subordination n'implique pour le patron aucune supériorité générale d'ordre intellectuel, matériel ou quelconque. Admettre le contraire serait poser en principe l'infériorité de celui qui ne peut vivre que par les services qu'il fournit à autrui moyennant rétribution et ce serait, en fait, revenir à l'antique opposition du patron et de l'esclave et à l'ancienne institution de la « patria potestas ».

Ajoutons qu'il ne s'agit nullement, lorsque les époux passent ensemble un contrat de travail, de substituer un statut privé à un statut public, mais d'intégrer l'un dans les cadres de l'autre. Chacun de ces statuts a un objet différent correspondant à des besoins distincts ; l'un régit les rapports des conjoints comme tels, l'autre gouverne les rapports d'employé et de patron. Les deux personnalités — époux ou patron et employé — sont distinctes et il est normal que des règles différentes les administrent. Quant au point de savoir si ces deux statuts peuvent coexister chez deux époux, nous n'y voyons aucun empêchement. Il n'y a, en effet, aucun texte qui l'interdise, et il n'y a rien d'immoral ou de contraire aux bonnes mœurs à ce que l'un des époux, dans le domaine limité de son activité économique, accepte de travailler sous la surveillance de son con-

gaux de mari et de femme les rapports patron à employé ». Planiol et Ripert : « Traité Pratique de Droit Civil Français », t. XI, n° 803, Paris 1932.

joint. Pour la femme, il n'y a aucune difficulté puisque, avant la loi du 18 février 1938, elle se trouvait sous la subordination générale et complète de son mari ; pour le mari, puisqu'il est placé sur un plan d'égalité avec son épouse ; si l'on reconnaît pour l'un des époux le droit de se placer sous la subordination limitée de son conjoint, il n'y a aucune raison de ne pas admettre le même droit pour l'autre.

Il nous semble utile d'insister sur le fait que la subordination qui lie le patron à l'employé se manifeste de plus en plus uniquement dans le domaine exclusif de l'accomplissement du travail ; les clauses elles-mêmes du contrat de travail prennent de plus en plus le caractère institutionnel et se trouvent soustraites aux débats qui précèdent la conclusion du contrat de travail ; ce dernier tend de plus en plus à perdre son caractère de subordination ; il deviendra, si la législation sociale continue d'évoluer dans le sens qu'elle a adopté depuis dix ans, un véritable contrat d'adhésion public. Il est en effet remarquable que tout ce qui se rattachait au contrat de louage de services appartenait, avant la Révolution, au droit public, en raison de la réglementation corporative des métiers et des licences royales nécessaires à l'exploitation des industries. La loi Le Chapelier, indirectement, fit entrer cette matière dans le domaine du droit privé. Mais, dès le 22 mars 1841, la première loi de protection sur le travail des enfants employés dans les manufactures, usines, et ateliers, était une disposition d'ordre public. Depuis, la législation industrielle n'a cessé de s'accroître et d'augmenter ses traits d'institution publique. Nous ne citerons qu'un exemple : la convention collective de travail peut, dans certaines conditions, devenir une véritable charte du travail ; elle peut être obligatoire sans qu'il

y ait eu à l'origine, consentement de ceux qui y sont assujettis « Contrat à l'origine de la procédure, la convention peut devenir loi à la fin » (1).

B. On a soutenu aussi qu'il n'y aurait aucune raison de reconnaître la validité du contrat de travail entre époux car la femme mariée sous le régime matrimonial le plus, répandu en France, celui de la communauté, n'aurait aucun avantage, la loi du 13 juillet 1907 n'étant pas applicable aux femmes ayant un travail commun à celui de leur mari. Partant de là, on raisonne de la façon suivante : si deux époux sont mariés sous le régime de la communauté et que l'un verse une rémunération à l'autre, cette rémunération est puisée dans la caisse commune, mais elle y retombe aussitôt ; autant dire qu'il n'y a pas salaire et par suite pas de contrat de travail.

a) La solution de ce problème évolue donc autour du point de savoir de ce qu'il faut entendre par les expressions « travail personnel de la femme », « travail commun des deux époux » de la loi du 13 juillet 1907 et « travail séparé » de la femme mariée commerçante contenue dans l'article 5 du Code de Commerce.

Selon que ces membres de phrase seront interprétés plus ou moins libéralement, le domaine d'application de la loi du 13 juillet 1907 sera plus ou moins large et l'on conçoit la répercussion que cette interprétation aura sur le sujet que nous étudions. Si, en effet, la femme travaillant chez son mari peut être considérée comme ayant un travail séparé elle aura un avantage certain à travailler en vertu

(1) Note Debré sur la loi du 24 juin 1936 au D. P. 1936.4.372.

d'un contrat de louage de services afin que ces émoluments soient des salaires.

Examinons les différentes positions prises par les auteurs. Aucune difficulté ne surgit si les deux époux ont passé un contrat de travail avec des employeurs distincts, mais certains auteurs, peu libéraux, ont soutenu qu'il y avait travail commun dès que les époux avaient conclu un contrat de louage de services avec le même chef d'entreprise, pour un salaire global. D'autres, allant encore plus loin dans cette conception, ont déclaré qu'il y avait encore travail commun même si les salaires du mari et de la femme étaient distincts. Toutes ces théories sont excessives ; elles ne reposent sur aucun fondement légal ; elles sont injustifiables.

La difficulté paraît plus difficile à résoudre si les époux exploitent un fonds de commerce. Les auteurs (1) ne s'accordent pas sur ce point. La controverse a lieu en raison de l'imprécision des textes sur lesquels on se fonde. Ces textes sont : l'ancien article 220 du Code Civil avant qu'il ne fut abrogé par la loi du 18 février 1938 et l'article 5 du Code de Commerce, d'après lequel la femme n'est réputée commerçante que si son travail est « séparé ».

Il faut reconnaître qu'il peut y avoir parfois de grandes difficultés à savoir lequel des deux conjoints est commerçant si tous deux exploitent en collaboration le même fonds de commerce. Nous ne parlerons pas de l'article 220 du Code Civil, mais l'article 5 du Code de Commerce est tou-

(1) Escarra et Rault: « Principes de Droit Commercial », t. 1 1934, n° 304 et s.

Lalou, note au D. P. 1915.2.41.

Aubry et Rau, 5^e éd. par Bartin, t. VII, n° 500 bis et note 2.

Contra: Planiol, Ripert et Nast: « Régimes matrimoniaux », t. IX, n° 1328.

jours en vigueur et nous savons ce que nous pensons de ce texte (1). On s'accorde pour admettre qu'il donne naissance à une présomption d'après laquelle la femme n'est pas commerçante, si elle ne fait que détailler les marchandises de son mari ; mais il y a controverse sur la nature de cette présomption. Pour les uns c'est une présomption simplement relative, pour les autres, c'est une présomption juris et de jure.

Les tenants de la thèse restrictive considèrent que cette présomption est irréfragable et ils en trouvent les raisons dans les motifs qui ont inspiré le législateur. L'analogie, disent-ils, est étroite avec la loi du 13 juillet 1907 (article 1^{er}, in fine). Il faut dissiper toute discussion qui serait nuisible aux tiers. Doit être écartée toute interprétation d'après laquelle la femme pourrait être ou n'être pas considérée comme commerçante. La présomption ne peut pas être détruite par la preuve contraire.

Cette thèse nous paraît trop rigide dans son intransigeance et elle est loin de rassembler tous les auteurs. On rencontre dans cette matière toute une graduation de conceptions. On a admis parfois que la femme pourrait se prévaloir de la loi du 13 juillet 1907 quand, chef de l'entreprise, elle ne rémunère pas son mari ; mais on a déclaré aussi qu'elle ne pourrait pas bénéficier des dispositions de cette loi lorsqu'elle est rémunérée par son mari lequel serait le chef de l'entreprise. On a admis encore que le plus grand libéralisme devait être apporté en cette matière et qu'il convenait d'accorder à la femme les bénéfices de la législation sur ses biens réservés dans tous les cas où elle a des gains et des salaires non confondus avec ceux du

(1) Voir 1^{re} partie, 2^e chapitre, 2^e section.

mari, soit que les époux se répartissent les bénéfices d'un commerce, soit que l'un des conjoints rémunère l'autre. Dès lors, il y a « travail commun » des époux dans le cas seulement où l'un des conjoints fournit à l'autre une aide gratuite dans son commerce.

A ces opinions de la doctrine, ajoutons celle qui se dégage de la jurisprudence. La Chambre Civile de la Cour de Cassation, dans une série d'arrêts (1) semble bien considérer que la présomption est *juris et de jure*, mais la Chambre des Requêtes reconnaît que cette présomption est susceptible de tomber sous l'effet de la preuve contraire (2). Il en est de même de plusieurs juridictions inférieures (3).

A notre avis, la solution qui doit être admise est celle qui est animée de l'esprit du plus grand libéralisme. En effet, aucun texte ne nous permet d'attacher à l'article 5 du Code de Commerce ou à la loi du 13 juillet 1907 une restriction qu'ils ne contiennent pas eux-mêmes. Nous considérerons même que le fait de la promulgation de la loi sur le « libre salaire de la femme mariée » montre claire-

(1) Cass. Civ. 27 mai 1851, D. P. 51.1.172.

Cass. Civ. 27 janvier 1875, D. P. 75.1.297.

Cass. Civ. 19 janvier 1881, D. P. 82.1.63.

Cass. Civ. 10 mai 1881, D. P. 83.1.112.

Cass. Civ. 11 août 1884, D. P. 85.1.296.

(2) Cass. Req. 5 mai 1857, D. P. 58.1.303.

Cass. Req. 31 mai 1875, D. P. 76.1.390.

Cass. Req. 5 mai 1900, D. P. 1901.1.463.

Cass. Req. 21 octobre 1901, D. P. 1901.1.527.

(3) Montpellier 6-8-1867, D. P. 69.1.208; Douai 9-8-1899 sous Cass. Req. 5-5-1900, D. P. 1901.1.463 *préité*; Rouen 11-11-1908, D. P. 1909.5.2; Besançon 13-2-1914, D. P. 1915.2.41 (note Lalou); Trib. Comm. Villefranche 27-11-1912, Journ. des Fail. 1913, p. 93.

ment le désir du législateur de permettre à cette dernière de soustraire aux caprices du mari les gains et les biens qui résultent de son activité économique. C'est d'ailleurs l'esprit général de nos mœurs et de notre législation actuelle ; la loi du 18 février 1938 en est une illustration. L'interprétation de l'expression « travail séparé » sera donc pour nous très large et nous considérerons comme tel : *tout travail permanent qui, accompli par un époux, même sous la surveillance de son conjoint, aurait été l'objet d'une rémunération s'il avait été effectué sous la direction et au bénéfice d'un tiers, à l'exclusion des travaux et occupations inhérents aux obligations domestiques de la vie familiale.*

Cela nous permet d'appliquer la loi du 13 juillet 1907 à la femme toutes les fois qu'elle exerce une profession, en qualité de subordonnée d'un tiers puisqu'elle aura une profession distincte de celle de son mari et sans qu'il soit utile de rechercher si le salaire est distinct ou non du sien.

Pour des époux dont l'un est le subordonné de l'autre, la distinction que nous avons signalée entre les occupations qui sont ou qui ne sont pas inhérentes aux obligations domestiques de la vie familiale, présentera un grand intérêt. En premier lieu, on repoussera toute possibilité de salaire et, par conséquent, de contrat de travail, pour un conjoint dont le travail aura consisté dans l'exécution de ses obligations domestiques même s'il eut perçu un salaire en accomplissant ce travail au profit d'un tiers : c'est l'exemple d'une femme qui élève ses enfants. Par contre, si une femme tient la caisse d'une entreprise appartenant à son mari, il y a là une occupation qui n'a rien de commun avec celles dont elle est tenue en qualité d'épouse et elle sera susceptible de recevoir pour cela une rémunération sous forme de salaire.

b) Nous disons que la femme sera susceptible de recevoir un salaire car il ne suffit pas que le contrat de travail soit possible entre époux, il faut encore qu'il en existe un. L'article 5 du Code de Commerce pose une présomption qui joue spécialement dans les situations mal définies entre celle représentée par une femme occupée uniquement à l'administration de son intérieur et celle d'une femme qui pourra prouver par un acte non contestable le contrat de travail qu'elle aura passé avec son mari.

Nous avons admis que la présomption contenue dans l'article 5 du Code de Commerce était simplement relative et qu'elle pouvait tomber sous la preuve contraire. L'époux qui invoquera l'existence du contrat de travail passé avec son conjoint devra donc prouver l'existence de la convention.

c) Quand il y a un acte écrit, aucune difficulté ne s'élève mais il n'en est plus de même, comme c'est généralement le cas en matière de contrat de travail, s'il n'y a pas d'écrit. On a dit (1) qu'il était nécessaire de faire une distinction suivant qu'il s'agissait du patron ou de l'ouvrier en vue de l'administration de la preuve de la convention de travail. Si l'employeur est commerçant les moyens de preuve en usage dans le commerce pourront être choisis par l'ouvrier quel que soit le montant du litige : il s'agit, en effet, d'un acte mixte. Si l'employeur n'est pas un commerçant ou si l'on veut prouver contre le subordonné, il faudra faire appel aux preuves exigées en matière civile. Cette situation est désavantageuse pour l'époux employé.

(1) Planiol et Ripert : « Traité pratique de Droit Civil Français », t. XI, n° 797.

en particulier. Aussi pensons-nous que dans ce cas l'article 1348 du Code Civil doit recevoir application. Cet article déclare que la preuve testimoniale est admise, même au-dessus de 500 francs, chaque fois qu'il est impossible au créancier de se procurer une preuve littérale. D'après la jurisprudence (1), ce texte est applicable non seulement quand il y a impossibilité matérielle, mais encore quand il y a impossibilité morale. Nous admettons qu'il y a une sorte d'impossibilité morale à ce que deux époux, passant ensemble un contrat de travail, constatent cette convention par écrit, car cela implique une idée de défiance qui est exclue précisément de l'esprit des conjoints se trouvant dans cette situation.

Nous admettons donc que le contrat de travail entre époux peut être prouvé par témoins et présomptions quel que soit le litige. Les présomptions seront d'ailleurs nombreuses : fiches de paie, inscriptions aux assurances sociales, contrat d'assurance contre les accidents etc...

C. On a encore soutenu que tout contrat de travail emportait nécessairement pour l'époux employeur l'obligation de payer un salaire à son conjoint-employé et que c'était faire bénéficier ce dernier d'un avantage matrimonial non prévu ; une atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales serait flagrante.

Il convient de rechercher la valeur pratique de cet argument en étudiant les effets du contrat de travail sur le contrat de mariage et en les comparant avec ceux d'autres contrats que peuvent passer entre eux les époux.

1. Cass. Req. 1^{re} mai 1911, D. P. 1913.1.448.

a) Il est en effet possible aux conjoints de parvenir par d'autres moyens que le contrat de louage de services à opérer des modifications à leurs conventions matrimoniales. Le mandat que peuvent se donner mutuellement les époux au cours de leur mariage ne vient-il pas modifier largement les règles d'administration et de gestion de leurs biens ? Les libéralités que tout époux peut faire à l'autre n'apportent-elles pas une profonde transformation dans la destination des biens ? Peut-on en effet, bouleverser plus un contrat de mariage que de rendre propre à l'un des époux, un bien qui, jusqu'ici, était un propre de son conjoint ? Enfin l'on sait que le mandat et la donation, savamment combinés, permettent de changer complètement le régime matrimonial des époux (1).

Le mandat à lui seul peut, dans la pratique, changer l'administration du patrimoine mais peut encore le modifier dans sa composition. Savatier (2) donne l'exemple suivant : « une femme séparée de biens laisse par mandat tacite l'administration de sa fortune à son mari. Celui-ci place les revenus. A qui appartiennent les fonds placés ? Si l'on fait jouer le contrat de mariage, ils doivent logiquement revenir à la femme. Cependant, la jurisprudence (3) admet volontiers que si la femme a laissé l'administration de ses biens à son mari le produit des économies que ce dernier réalise, lui reste ».

(1) Voir les exemples cités par Savatier : « De la portée et de la valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales », Rev. Trim. D. Civil 1911, p. 94 et s.

(2) Savatier, *op. cit.*

(3) Cass. Civ. 18-6-1908, S. 1910.1.369 note Charmont.

b) Or, si la donation et le mandat permettent aux époux de transférer, sans compensation, un bien du patrimoine de l'un dans celui de l'autre il n'en est pas de même avec le contrat de travail. Ce dernier n'entraîne pas d'aussi grandes modifications dans le patrimoine des époux car, si l'un des conjoints paie un salaire à l'autre, ce dernier par ses services contribuera à l'augmentation du patrimoine de son employeur. Il y aura une contre partie que l'on ne trouve pas dans la donation. On en vient ainsi à se poser la question : « au point de vue de l'immutabilité des conventions matrimoniales, quelle différence y a-t-il entre le fait, pour une femme, de donner à bail un immeuble à son mari et celui de lui louer ses services ? » (1). Il faut bien admettre que juridiquement cette différence n'existe pas.

Examinons plus particulièrement les effets du contrat de travail entre époux sur le régime matrimonial et étudions successivement la situation créée par une femme employée de son mari et par celle d'un mari employé de sa femme.

1° Le mari, nous l'avons vu, devra être chef d'entreprise puisque sa femme devra avoir un travail non inhérent à ses occupations domestiques de la vie familiale.

Nous savons que sous les régimes séparatistes, le mari a la disposition de ses biens ; la femme, de son côté, peut administrer son patrimoine et a la jouissance libre de ses revenus. La seule obligation à laquelle elle se trouve soumise sur ce point est de contribuer aux charges du ménage : article 1537 du Code Civil : « Chacun des

(1) Savatier, *op. cit.*

époux contribue aux charges du mariage suivant les conventions contenues en leur contrat, et s'il n'en existe point à cet égard, la femme contribue à ces charges jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus ».

Voici donc la situation de deux époux si l'un prend l'autre à son service et le rémunère. Le mari puisera le montant du salaire dans le patrimoine qui lui est propre et le remettra à son employée. Ce salaire sera donc en principe, jusqu'à concurrence du tiers, à la disposition du ménage et les deux tiers seront des propres ou pourront être soumis à la loi du 13 juillet 1907 ; ce seront des biens réservés.

Nous ne voyons pas qu'il y ait dans cette opération quelque chose qui ne soit pas conforme aux prescriptions des conventions matrimoniales. Le mari, s'il n'avait pas employé sa femme dans son entreprise, aurait été obligé d'embaucher une autre personne et l'aurait rémunérée. Le montant du salaire aurait été puisé dans le patrimoine du mari et l'aurait diminué d'autant. D'autre part, la femme aurait travaillé dans une entreprise autre que celle de son mari ; elle aurait touché un salaire et aurait versé, pour l'entretien de sa famille, le tiers de ses appointements. La fortune de l'un et l'autre époux n'en aurait été aucunement modifiée.

La solution serait la même si le régime adopté par les époux avait été le régime dotal. Nous savons que la femme possède sur les paraphernaux des droits comparables à ceux qu'elle a sur ses propres dans les régimes séparatistes. Les gains résultant de son travail seront des paraphernaux.

Etudions la situation des époux mariés sous le régime de communauté. Le mari a l'administration et la disposition de ses propres et des biens communs ; il a l'adminis-

tration des biens de sa femme. Il pourra donc posséder une entreprise quelconque et employer sa femme qu'il rémunérera. La femme de son côté recevra son salaire qui deviendra des biens réservés et sur lesquels elle aura tous les droits d'administration et de disposition à titre onéreux sous réserve bien entendu, des dispositions de l'article 214 nouveau du Code Civil. Il est donc injuste de déclarer que la femme mariée sous le régime de communauté n'a pas d'intérêt à conclure un contrat de travail avec son mari. C'est même sous ce régime que l'intérêt est le plus considérable car ce sera en premier lieu une preuve formelle de l'existence du travail séparé de la femme et en second lieu il lui permettra de considérer les gains de son travail comme des biens réservés et d'exercer sur eux le pouvoir que la loi du 13 juillet 1907 lui reconnaît.

Il n'y a, croyons-nous, aucun empêchement à admettre ces solutions. Des biens appartenant au patrimoine du mari ont bien été transférés dans celui de la femme, mais puisqu'aucun de ces deux patrimoines ne s'est enrichi aux dépens de l'autre nous ne voyons aucune raison de prohiber ce transfert, si l'opération est honnêtement conclue.

Quant aux intérêts que la femme peut avoir, ils sont nombreux. Outre les bénéfices de la loi du 13 juillet 1907, elle pourra encore invoquer les dispositions de la loi du 12 juillet 1909 sur les biens de famille.

2° Envisageons le cas d'un époux employé de sa femme. Cette dernière exploitant un commerce, une industrie ou une ferme.

La situation, il faut l'admettre, sera en pratique, sensiblement moins fréquente que celle de la femme employée

de son mari, surtout si les époux sont mariés sous le régime de communauté.

En effet, mariée sous un régime de séparation de biens ou sous le régime dotal, la femme aura la possibilité de faire fructifier des biens. Or, nous n'avons admis le contrat de travail entre conjoints que si l'époux employeur était chef d'entreprise. Dans ce cas elle pourra embaucher son mari puisque le salaire qu'elle lui paiera sera puisé dans son patrimoine lequel ne sera pas plus appauvri que si le créancier avait été un tiers. De son côté, le mari n'aurait pas vu son patrimoine s'accroître davantage s'il avait travaillé dans une entreprise n'appartenant pas à sa femme.

La femme mariée sous le régime de communauté n'a pas en principe l'administration de biens et il semble, à première vue qu'elle ne puisse exploiter quelque commerce ou autre entreprise, mais cela n'est pas toujours vrai. Tout en étant commune en biens, la femme peut se réserver l'administration de certains de ses biens ; de plus elle peut avoir été instituée légataire d'un fonds de commerce et le testateur a pu exiger que le fonds serait exploité par le bénéficiaire du legs et que la donation devait être un bien propre entièrement soustrait à l'administration du mari.

Nous admettrons qu'au point de vue purement matrimonial, l'intérêt qu'il y a à admettre que le mari peut être employé de sa femme est moins considérable que celui qui nous conduit à déclarer la validité du contrat par lequel la femme loue ses services à son mari. Néanmoins nous verrons que des intérêts d'une autre nature peuvent naître et comme rien ne s'oppose juridiquement à ce qu'une femme prenne son mari à son service, nous admettrons la validité de ce contrat de louage de services.

CONCLUSION

Nous venons de montrer que le contrat de travail entre époux ne peut être en principe prohibé par les seuls arguments qui ont été invoqués soit par la jurisprudence soit par la doctrine bien que certains arguments soient basés sur la sauvegarde de principes d'ordre public.

D'autre part, la convention de louage de services est un contrat à titre onéreux et cette dernière n'est prohibée par aucun texte légal. Or, nous avons vu (1) que toute convention à titre onéreux, non spécialement interdite entre époux, devait être considérée comme valable. Pourquoi alors ne pas autoriser les conjoints à passer entre eux un contrat de travail ?

Il y a d'ailleurs, selon nous, d'autres raisons que celles purement juridiques étudiées jusqu'ici, pour admettre le contrat de travail entre époux. Il nous paraît utile de montrer qu'il serait déraisonnable parfois de l'interdire sans aucun motif valable. Prenons l'exemple d'un chef d'entreprise qui épouse une personne liée avec lui par un contrat de travail. Si par le fait même du mariage le contrat disparaît, elle ne pourra pas jouir des avantages que lui réservent les lois du 13 juillet 1907 et du 12 juillet 1909 ; elle aura donc intérêt à vivre en concubinage. Reconnaissons-lui ce droit puisqu'aucune raison juridique ni même l'observation de principes vieillis et souvent attaqués (2) ne s'opposent à ce qu'une femme travaille chez son mari aux mêmes conditions que chez un tiers.

(1) Voir 1^{re} partie, 1^{er} chapitre.

(2) Voir Colin et Capitant, III, 1^{re} éd., p. 31.

D'ailleurs, au point de vue moral nous ne voyons que des avantages à ce que deux époux se lient par un contrat de louage de services. Si la situation économique et financière d'un ménage est telle que la femme soit dans l'obligation de travailler nous préférons la voir dans l'entreprise de son mari, qu'éloignée de lui. La présence des deux époux ne pourra avoir qu'une bonne influence sur leurs rapports de conjoints. Les causes de mauvaise fréquentation sont suffisamment nombreuses dans la vie courante sans qu'il soit utile de les augmenter en donnant aux époux un intérêt à travailler loin l'un de l'autre.

Nous considérons également que la question sociale n'aurait rien à perdre à ce que beaucoup de patrons aient dans leur personnel des membres de leur famille proche y compris leur conjoint. Ce dernier formant une sorte de trait d'union entre le personnel et le patron serait mieux à même de faire comprendre aux uns les difficultés qui résultent de la gestion d'une entreprise et à l'autre les légitimes revendications des travailleurs.

Enfin nous considérons l'injustice qu'il y aurait parfois à ne pas autoriser le contrat de travail entre conjoints et l'on comprend que la Cour de Rouen, dans son arrêt du 16 juillet 1936 précité, ait pris en considération la légitimité de la rémunération réclamée par la femme ; il paraît bien difficile de nier le caractère équitable de cette décision.

Nous pensons cependant qu'il ne convient pas de tomber dans l'excès contraire et d'admettre le contrat de travail entre conjoints dans n'importe quel cas. Nous avons montré, au cours de la critique que nous avons faite de thèses jurisprudentielles et doctrinales, que les époux devaient observer certaines conditions parmi lesquelles l'obligation de passer un contrat de travail, la nécessité pour l'époux

employeur d'être chef d'entreprise — afin de ne pas permettre la domesticité entre époux — l'existence d'un travail séparé dans les termes où nous l'avons défini. Enfin, nous admettrons que le contrat de travail entre époux ne doit pas avoir été passé dans le but unique de modifier les clauses du contrat de mariage. Il y aurait là évidemment un acte qui conduirait à annuler le contrat de travail, car nous avons vu (1) les raisons pour lesquelles le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales devait être respecté.

Nous pensons avoir démontré la validité du contrat de travail entre conjoints ; nous examinerons les effets particuliers qui peuvent naître à la suite de sa conclusion.

(1) Voir 1^{re} partie, 2^e chapitre, 3^e section.

CHAPITRE II

Effets du contrat de travail entre époux

SOMMAIRE. — Les effets du contrat de louage de services entre époux sont les effets normaux du contrat de travail. Le conjoint salarié a le droit d'adhérer à un syndicat professionnel, d'être administrateur de ce syndicat; les droits de grève et de lock out subsistent. Le caractère d'ordre public de l'institution des congés payés; les modalités de fixation de ce droit. Les allocations familiales sont dues au profit de l'époux employé. La législation sur les accidents du travail s'applique en règle générale car il n'y a pas double emploi avec le devoir d'assistance, et il n'y a pas atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales.

1° Nous avons analysé les arguments par lesquels la jurisprudence et la doctrine déclarent juridiquement impossible tout contrat de travail entre époux. Nous avons démontré qu'aucun des motifs invoqués ne pouvait être retenu et qu'en réalité, la validité de cette convention ne faisait aucun doute.

Nous savons que les rapports strictement matrimoniaux ne sont pas altérés par l'existence d'un contrat de travail; il nous reste à étudier les effets d'ordre général que cette convention peut faire naître entre les époux.

Le louage de services est une convention synallagmatique qui comporte des obligations pour l'une et l'autre des parties contractantes. Ces obligations sont très nombreuses, mais quelques-unes ont une particulière importance et donnent à ce contrat ses caractères distinctifs: l'employé

doit exécuter le travail convenu conformément aux dispositions de l'article 1134 du Code Civil et respecter, le cas échéant, le règlement d'atelier ou la convention collective. Le patron doit payer le salaire, il doit assurer l'exécution du travail dans les conditions légales d'hygiène, de sécurité, de moralité, enfin, il doit supporter le risque professionnel d'accident ou de maladie. De tout cela, il n'y a rien qui, dans son fondement, soit un empêchement à la création légale de liens unissant les conjoints par des rapports de patron à employé.

Nous poserons donc, comme principe général, que tous les effets normaux du contrat de travail s'appliquent même quand ce dernier est passé par deux époux. En effet, nous avons admis que les règles professionnelles prenaient de plus en plus un caractère institutionnel et qu'elles s'intégraient aisément dans le cadre général du statut matrimonial ; il n'y a pas de raisons pour admettre que les effets de cette convention soient différents. Cependant nous étudierons quelques cas particuliers qui, dans la pratique, pourraient présenter des difficultés d'application.

§ 2. — Affiliation du conjoint employé à un organisme de défense professionnelle.

Le syndicat professionnel, d'après l'article 1^{er}, Livre III du Code du Travail, a pour objet exclusif l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles. Le mot « défense » n'évoque-t il pas une idée d'opposition, une sorte de lutte permanente entre ouvrier et patron et n'y aurait-il pas incompatibilité entre le fait d'être à la fois conjoint de son patron et affilié au syndicat du personnel de son entreprise ?

Penser ainsi c'est se faire, selon nous, une idée fausse du rôle véritable d'un syndicat professionnel ; c'est le réduire à un simple moyen de combat alors qu'il doit être avant tout un organisme de coordination des intérêts communs aux salariés et aux patrons ; c'est admettre un antagonisme entre ces intérêts. Or, il ne nous apparaît pas que ce soit là la vérité, et il n'est pas douteux qu'employeurs et salariés ont fréquemment des intérêts communs. Ils ont tous avantage à ce que l'entreprise à laquelle ils collaborent soit prospère : le patron, car il en retirera ses profits, les employés car ils peuvent y travailler, y être d'autant mieux rémunérés et y avoir parfois un intérêt direct si à leurs salaires vient s'ajouter une participation aux bénéfices.

En outre, l'article 2 de la loi du 21 mars 1884 déclare en termes très généraux que les personnes exerçant la même profession pourront être membres d'un même syndicat. Cette disposition légale est communément interprétée comme reconnaissant la validité des syndicats mixtes composés de patrons et d'employés.

Enfin, nous pourrions considérer le rôle du syndicat dans le domaine législatif, la place grandissante qu'il occupe dans l'élaboration et la confection de la législation ouvrière, dans la surveillance de l'exécution des lois sociales qui fait du syndicat le véritable gardien de la loi. Faut-il ajouter que depuis la reconnaissance de la recevabilité des actions syndicales les groupements professionnels sont devenus les représentants officiels des intérêts généraux de la profession.

Mais il arrive parfois que les intérêts ouvriers sont méconnus ou violés par le patron. Le syndicat intervient alors et par ses organes représentatifs crée une discussion, dans un état d'égalité sociale, entre le personnel et le patron afin de rétablir des conditions équitables de travail.

a) Si l'un des conjoints est salarié dans l'entreprise de son mari il est normal et juste qu'il défende honnêtement ses droits professionnels au même titre qu'il le ferait s'il travaillait dans une entreprise quelconque.

D'ailleurs, en pratique, l'intervention du syndicat se traduira par la signature d'une nouvelle convention collective qui se substituera soit à une ancienne convention collective soit à un règlement unilatéral d'atelier. La convention collective pourra, dans certaines conditions, devenir par voie administrative, la loi dans la profession. La réglementation professionnelle devient de plus en plus un statut public et le rôle du syndicat ouvrier ne sera bientôt plus que de surveiller son application. Il n'y a dans tout cela aucun antagonisme d'intérêts plus considérable que celui qui existé nécessairement dans tous les contrats synallagmatiques.

b) Non seulement nous admettons la possibilité pour l'époux salarié d'être syndiqué mais nous pensons encore qu'il pourra devenir administrateur de ce syndicat, délégué ou membre du conseil d'usine. Ces fonctions ne sont en effet, juridiquement que des mandats et rien ne s'oppose à ce qu'un époux, en sa qualité de salarié ou de mandataire de ses collègues, discute des conditions du travail avec son conjoint, sans qu'il y ait lieu de rechercher, suivant les anciennes conceptions, si le mari parlera en subordonné à sa femme ou si cette dernière se trouvera dans un état d'infériorité sociale vis-à-vis de son mari ; nous savons, en effet, que les époux sont maintenant sur un véritable plan d'égalité et qu'un lien limité de subordination peut se créer entre l'un et l'autre.

Du côté social, nous ne voyons en cette solution que des avantages, l'époux salarié étant ainsi placé dans une situation telle qu'il pourra, mieux que ses collègues, apprécier les possibilités d'acceptation du patron en face des revendications ouvrières. De plus, les pourparlers seront empreints d'une cordialité et d'une franchise qu'ils n'ont pas toujours quand ouvrier et patron sont étrangers.

c) Mais il peut arriver parfois que les pourparlers pacifiques entre syndicat et patron n'aboutissent pas à un accord, une solution de force seule existe alors : la grève pour les ouvriers et le lock out pour le patron.

Nous admettons que les époux conservent l'intégrité des droits qui sont attachés soit à la qualité d'ouvrier soit à celle de patron. C'est ainsi que la femme patronne pourra prononcer le lock out de son entreprise car c'est une prérogative du chef d'entreprise. Par là elle pourra priver son mari d'un emploi.

De son côté, le conjoint salarié jouira de son droit de grève. De nos jours, la grève n'a pas encore pris le caractère obligatoire que certains voudraient lui donner. Il reste donc à l'appréciation de chaque employé de juger les motifs de la cessation du travail et d'estimer s'il doit s'associer à une mesure de force contre son employeur. Nous pensons que si l'employé est le conjoint du chef de l'entreprise, d'autres raisons que celles simplement corporatives interviendront dans l'élaboration de sa décision, mais cela n'a aucune influence sur l'existence du droit lui-même. On peut d'ailleurs très bien concevoir qu'entre patron et employé non parent puisse exister un lien d'affection ou d'amitié sans que leurs droits professionnels en soient atteints. Ajoutons que le contrat de travail est fréquent

entre ascendants et descendants et les droits inhérents à la qualité de salarié n'en sont pas modifiés.

§ 3. — Les congés payés.

a) L'article 54 f et suivants, Livre II du Code du Travail organisent l'institution connue sous le nom de « congés payés ». Ces dispositions légales déclarent, qu'en règle générale, tout ouvrier, employé ou apprenti a droit chaque année à un certain nombre de jours de congé. Le législateur de 1936, après avoir réglementé la durée journalière, puis hebdomadaire du travail a pensé devoir déterminer sa durée annuelle ; il a agi en vertu de préoccupations d'hygiène et de morale sociale ; ces dispositions sont d'ordre public et aucune raison ne s'oppose à leur application lorsque l'un des époux est le salarié de l'autre.

b) D'ailleurs, la loi a laissé peu de chose à l'initiative des parties. Les conditions à remplir, la durée du congé, le mode de calcul des indemnités qui doivent être allouées au bénéficiaire sont fixés et ne peuvent donner lieu à aucune discussion. Mais, il semble qu'il pourrait n'en être pas toujours de même quant à la fixation de la date à laquelle ce congé devra être accordé par le patron. Examinons la situation en présence de laquelle se trouvent deux conjoints, si le mari est salarié de la femme. Cette dernière, chef de l'entreprise, ne peut-elle pas, en cette qualité, fixer l'époque des congés de son personnel ? mais d'autre part, son mari, comme chef de famille, ne peut-il pas prétendre déterminer la date et la durée des vacances de la famille ? Un désaccord ne peut-il pas naître de cette opposition de droits ?

En vérité, ce conflit éventuel ne nous paraît pas aussi grave qu'on pourrait le prétendre. En effet, il arrive bien

peu souvent que les individus exercent leurs droits avec toute la liberté que la loi semble leur donner et il est toujours nécessaire d'assimiler ces droits aux conditions de la vie.

Déclarons dès maintenant que le chef d'entreprise n'est pas lui-même entièrement libre de fixer, selon son bon vouloir, la période de congé de son personnel ; celle-ci doit être prévue par la convention collective s'il en existe une ; au cas contraire — l'article 2 du décret-loi du 1^{er} août 1936 le précise — la « période ordinaire des vacances » est déterminée par les usages de l'établissement ou de la profession. Enfin, à défaut d'usage la période normale des vacances sera fixée d'un commun accord entre l'employeur et son personnel ou les délégués.

On voit donc qu'en pratique il ne pourra surgir de grandes difficultés dans ce domaine. Ajoutons que le mari doit bien souvent faire abandon de ses prérogatives maritales et donnons cet exemple : une femme mariée travaille dans une entreprise quelconque dans laquelle le mari n'est ni salarié ni patron. Cette femme verra son congé fixé à une date déterminée par les règles précitées. Le mari devra bien se conformer aux décisions ainsi prises et auxquelles la femme elle-même devra se soumettre. On ne comprendrait pas que le mari, pour une simple question de date de vacances, interdise à sa femme l'exercice de sa profession, dans le seul but de pouvoir les fixer à sa volonté. Il est permis de douter qu'en agissant ainsi il défende les intérêts bien compris de la famille.

En pratique donc, les droits du mari salarié peuvent très bien se concilier avec ceux de sa femme, chef d'entreprise ; le mari conserve ses droits et il lui appartient de les

faire valoir en fonction des conditions économiques dans lesquelles se trouve la famille.

§ 4. — Allocations familiales.

La loi du 11 mars 1932 a consacré pour « tout employeur occupant habituellement des ouvriers ou des employés de quelque âge ou de quelque sexe que ce soit dans une profession industrielle, commerciale, agricole ou libérale » de s'affilier à une caisse de compensation ou à toute autre institution existant entre employeurs en vue de répartir entre eux les charges des allocations familiales. Ajoutons que l'enfant qui donne droit à la perception de l'allocation doit se trouver à la charge du salarié.

Etudions dans quelles conditions cette loi sera applicable lorsque la femme sera salariée de son mari.

Nous admettrons sans restriction la créance de la femme à la perception de cette allocation familiale pour les différents motifs suivants :

a) La femme est une salariée ; elle entre donc dans la catégorie des personnes susceptibles de bénéficier de la loi.

b) Ayant une profession distincte de celle de son mari, elle doit, suivant l'article 214 du Code Civil, contribuer à l'éducation des enfants communs proportionnellement à ses facultés ou suivant les cas prévus par les articles 1537 et 1575 du Code Civil. Le ou les enfants sont donc sinon en totalité du moins en partie à la charge de la femme salariée.

c) Le mari, en sa qualité d'employeur, devra compter parmi son personnel, sa femme rémunérée par lui et par suite la somme qu'il devra verser à la Caisse de Compen-

sation sera la même que s'il employait une personne étrangère. Il est donc équitable, qu'en contre partie la Caisse de Compensation verse l'allocation à la femme.

d) Il ne fait aucun doute que la femme percevrait cette allocation si elle travaillait chez un patron autre que son mari. Lui refuser de percevoir cette allocation serait donc lui donner une prime à travailler hors de l'entreprise de son mari.

Nous donnerons les mêmes solutions si le mari était l'employé de sa femme. Les motifs précédemment exposés, conservent toute leur valeur.

§ 5. — Législation sur les accidents du Travail.

L'accident du travail, qui peut entraîner une incapacité permanente plus ou moins grave et longue et même la mort, est un risque redoutable pour tout travailleur et pour sa famille. Les conséquences qui peuvent en découler ont ému le législateur qui, par la loi du 9 avril 1898, mit à la charge de l'employeur l'indemnisation des accidents survenus aux salariés au cours de leurs occupations professionnelles.

Ainsi que nous l'avons fait dans les paragraphes précédents, nous ne rechercherons par les conditions d'applications générales de cette loi ce qui est en dehors des limites de notre étude : nous déterminerons seulement les conditions dans lesquelles la loi de 1898 s'appliquera entre deux conjoints unis par un contrat de travail.

Jusqu'ici on a déclaré cette loi inapplicable entre époux en raison de l'invalidité, de principe, du contrat de travail entre eux. Ce motif ne peut avoir de valeur pour nous.

a) Dès maintenant, nous réfuterons l'argument qui consiste à déclarer la législation sur les accidents du travail inapplicable aux époux dont l'un a loué ses services à l'autre. Ne pourrait-on pas dire, en effet, que les conjoints, en vertu de leurs obligations matrimoniales, doivent se porter secours et assistance ; qu'il y aurait ainsi une double institution et que celle qui appartient au statut matrimonial doit l'emporter sur l'autre.

Cette solution a l'avantage d'être simple mais elle est, selon nous, ni exacte ni équitable.

Elle n'est pas exacte car le devoir d'assistance qui découle de la vie commune même n'interdit pas aux époux de poursuivre la perception des créances dont ils sont titulaires. Or, une indemnité d'accident du travail représente la perte actuelle et future que cause à l'accidenté la diminution de son aptitude au travail, source de biens. Pour le cas d'époux mariés sous le régime de la séparation de biens, ou pour celui d'une femme salariée bénéficiant de la loi du 13 juillet 1907, un dommage certain du patrimoine de l'époux employé s'en suit. L'indemnité aura pour rôle de remplacer dans ce patrimoine diminué, la perte qu'il subit par l'accident ; ce n'est qu'une sorte de salaire fictif remplaçant, en partie ou en totalité, celui qui est perdu par le salarié. Cette indemnité est donc d'une autre nature juridique que ce qui constitue le secours dû mutuellement par les époux.

De plus, cette solution ne serait pas équitable car le droit à l'indemnité ne serait pas discuté si l'époux accidenté avait été salarié dans une entreprise autre que celle dirigée par son conjoint. La perte correspondant à son inaptitude partielle ou totale qu'il subit serait compensée dans son patrimoine. Aucune raison juridique ne s'oppose à ce qu'il

en soit de même par l'unique fait que l'accident se sera produit dans l'entreprise du conjoint. Là encore, ce serait donner une prime à l'époux salarié de travailler chez autrui.

Nous pouvons ajouter que l'époux créancier de la rente sera ainsi mis à l'abri de la ruine possible de son conjoint car la loi a prévu, dans certains cas, des sûretés pour les indemnités dues par les patrons à leurs employés accidentés.

b) Un autre argument pourrait encore être invoqué. Si l'époux salarié, à la suite d'un accident, reçoit une indemnité de son conjoint ne sera-ce pas là une sorte de transfert de biens du patrimoine de l'un dans celui de l'autre qui constituera une contravention aux conventions matrimoniales ?

Nous répondrons par la négative. Ce transfert de biens aura lieu mais, il aura une justification légale. Nous avons considéré plus haut que l'indemnité n'était en réalité qu'un salaire déguisé (1). La légitimité de l'indemnité est donc indéniable. L'époux employé de son conjoint et qui se trouve accidenté au cours de son travail recevra une indemnité correspondant à l'incapacité, temporaire ou partielle qui s'en suivra. Il est évident qu'en cas de décès l'indemnité qui, d'après la loi de 1898, doit être versée au conjoint sur-

(1) Nous pourrions ajouter à l'appui de notre thèse que l'indemnité cesse d'être due au décès du créancier, au moment même où le salaire ne pourrait plus être gagné par l'ouvrier.

Nous savons bien qu'en cas de remariage du bénéficiaire de la rente, cette dernière est rachetée par un capital égal à trois annuités de rente, mais cette somme forfaitaire conserve le même caractère juridique que la rente elle-même.

vivant, disparaît par suite de confusion entre le créancier et le débiteur.

c) Notre solution prend le caractère de véritable institution de prévoyance quand il s'agit d'indemnités dues aux descendants ou aux ascendants. Non seulement, la situation matérielle de ces derniers peut se trouver amoindrie par suite de l'impossibilité dans laquelle se trouve leur parent de travailler, mais encore, si ce dernier est décédé et que le survivant — en l'occurrence le parent chef d'entreprise — soit devenu insolvable, une rente leur permettra de subsister. La loi de 1898 a, en effet, dans certains cas, imposé aux chefs d'entreprise l'obligation d'effectuer le versement d'un capital afin d'assurer le paiement des rentes. Envisageons le cas d'un père de plusieurs enfants qui occupait sa femme dans son entreprise ; la mère décède des suites d'un accident du travail ; il est souhaitable que les enfants soient assurés de recevoir une rente les mettant à l'abri des fluctuations de fortune du père au moment même où la mère ne sera plus présente pour travailler.

Nous avons considéré jusqu'ici que l'employeur n'était pas assuré contre le risque d'accidents pouvant survenir à son personnel au cours du travail. La loi de 1898 a, en effet, laissé aux chefs d'entreprise, la liberté de ne pas se garantir. Mais au cas où l'employeur aurait fait appel à un organisme d'assurance, ce dernier serait tenu dans les mêmes limites et conditions que le chef d'entreprise au paiement des indemnités tant au profit de la victime qu'à celui des ascendants et descendants dans les cadres d'application de la loi.

d) Nous donnerions encore des solutions inspirées du même esprit s'il s'agissait des lois du 30 juin 1899 sur les accidents de battage ; du 15 juillet 1914 sur les exploitations forestières ; la loi du 15 décembre 1922 sur les entreprises agricoles. Toutefois, la loi du 2 août 1923 ne sera pas applicable puisqu'aucun contrat de travail faisant d'un époux le domestique de l'autre n'est valable.

Nous n'insisterons pas plus sur les effets que peut avoir entre conjoints le contrat de travail. Nous avons étudié quelques situations particulières dans l'impossibilité où nous sommes de les considérer toutes. Nous croyons avoir montré que des conjoints peuvent en principe passer entre eux un contrat de louage d'ouvrage ; que rien, dans le domaine juridique, ne s'y oppose souverainement et que les effets du contrat de travail — qui de plus en plus revêtent le caractère institutionnel — peuvent sans difficulté s'intégrer aux obligations et aux devoirs qui découlent pour des époux de leur état de mariage.

CONCLUSION

Au cours de notre étude, nous avons évoqué et critiqué les arguments juridiques dressés par la jurisprudence et par la doctrine afin de prohiber entre époux le contrat de société et le contrat de travail.

Nous avons montré que ces arguments n'avaient pas la solidité que l'on pouvait être tenté de leur reconnaître.

Du côté juridique, certaines thèses ont une faible valeur, d'autres sont anciennes et ne correspondent plus à l'état actuel de notre législation.

A l'heure présente, les règles qui régissent les rapports juridiques entre époux sont bien différentes de ce qu'elles étaient avant la loi du 18 février 1938. La puissance maritale a disparu ; il est vrai que cette suppression est tempérée par la rédaction du nouvel article 213 du Code Civil qui donne au mari la mission de choisir la résidence du ménage ; il met la femme dans l'obligation d'habiter avec lui et la soumet à une certaine surveillance dans son activité économique. Mais, ce sont là, d'après nos mœurs et nos coutumes, des dispositions très raisonnables qui n'ont rien de commun avec une prohibition de principe de certains contrats entre époux.

La capacité civile de la femme est pleinement reconnue par le nouvel article 215 du Code Civil, sauf pratiquement, les restrictions que les régimes matrimoniaux y apportent.

A ces rapports juridiques nouveaux entre époux viennent s'ajouter et s'imposer les modifications économiques et sociales de la vie contemporaine. Il est inutile et vain

de nier leur présence. C'est pourtant ce que fait le juge qui persiste à ne pas vouloir reconnaître leur influence et qui, sous prétexte de maintenir l'esprit de principes inexistant ou tombés en désuétude, donne des décisions injustes.

Nous avons insisté à dessein dans notre introduction sur l'évolution que peut subir une institution sous l'influence des faits sociaux et économiques. Nous voudrions qu'aujourd'hui, le législateur tenant compte de ces faits se montre hardi dans ses réformes ; qu'il ne s'arrête pas à mi-chemin tel qu'il le fit dans la loi du 18 février 1938 et qu'il rende complète la libération juridique de la femme mariée.

De son côté, le juge doit considérer les conditions de la vie moderne, les bouleversements qu'elles font naître dans les rapports entre mari et femme ainsi que le développement dont elles sont causes dans les relations économiques entre conjoints autres que celles prévues par leur contrat de mariage. Nous approuvons l'arrêt du 16 juillet 1936 dans lequel la Cour de Rouen a délibérément laissé de côté les anciens arguments pour juger en équité. L'exemple est donné ; nous exprimons le vœu qu'il soit largement suivi.

Vu : le Doyen,
G. RIPERT.

Vu : le Président de la Thèse,
MOREL.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur de l'Académie de Paris :
ROUSSY.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

- ALAUZET. — « Commentaires du Code de Commerce et de la Législation Commerciale », tome 1, 1856.
- AMIEUX. — « De l'apporteur en nature dans les sociétés par actions », 1901.
- ARTHUYS. — « Traité des sociétés commerciales », 3^e éd., Paris 1916, t. 1.
- AUBRY et RAU. — « Cours de Droit Civil Français », 5^e éd., t. 6 et 7.
- AUGER. — « Les époux dans la société à responsabilité limitée », Rec. Jur. Soc. 1926.
- BAUDRY, LACANTINERIE et WALH. — De la Société, du Prêt, et du Dépôt », 3^e éd., 1907.
- BEUDANT. — « Cours de Droit Civil Français », Contrats et Obligations, t. 1.
- BEZARD-FALGAS. — « Traité du Contentieux des Transferts », 3^e éd., 1924.
- COLLINET et GIFFARD. — « Précis de Droit Romain », t. 1, 1^{re} éd., 1926.
- COTTET. — « De la nullité des Sociétés entre Epoux ». Thèse Lyon 1920.
- DEMANGEAT. — « Traité de Droit Commercial », t. 1.
- DEMOGUE. — « Traité des Obligations », t. 2, Paris 1933.
- ESCARRA et RAULT. — « Principes de Droit Commercial », t. 1, 1934.
- FUSTEL DE COULANGES. — « La Cité Antique ».
- GIRARD. — « Manuel de Droit Romain », 7^e éd.
- GUILLOUARD. — « Traité de la Vente et du Louage », t. 1 et 2.

- HEMARD. — « Théorie et Pratique des nullités de sociétés et sociétés de fait », 2^e éd. 1926.
- HOUPIN et BOSVIEUX. — « Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales et des associations », 7^e éd., 3 vol., t. 1.
- LAURENT. — « Principes de Droit Civil », t. 26, 3^e éd. 1899.
- LYON-CAEN RENAULT et AMIAUD. — « Traité de Droit Commercial », 5^e éd., 1926, t. 2.
- MASSE. — « Le droit Commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil », t. 2.
- MOLIERAC. — « Etude sur les sociétés entre époux ». Thèse Bordeaux 1917.
- PLANIOL et RIPERT. — « Traité élémentaire de Droit Civil », 5^e éd., t. 2.
- PONT. — « Sociétés Civiles et Commerciales », t. 7.
- PONT et RODIERE. — « Traité du Contrat de Mariage », 2^e éd., t. 3.
- POTHIER. — « Traité de la Puissance du Mari ».
- SACHET. — « Traité des Accidents du Travail », 6^e éd.
- THALLER et PERCEROU. — « Traité élémentaire », 8^e éd., 2 vol. 1932.
- TROPLONG. — « Contrat de mariage », t. 1.
- VAVASSEUR et BONNECASSE. — « Traité des sociétés civiles et commerciales », t. 1, 1931.
- VIALLETON. — « L'autorité maritale sur la personne de la femme ». Thèse Montpellier 1919.

Notes jurisprudentielles et articles de revues

- BOUVIER BANGILLON. — Note au P. F. 19.2.158.
- DEBRE. — Note au D. P. 1936.4.372.

- DELSOL. — Article dans *Revue pratique de Droit Français* 1856, p. 433.
- DOLBEAU. — Article dans le *Bulletin de la Société d'études législatives* 1930, p. 179.
- ESMEIN. — Note au S. 1937.1.169.
- LALOU. — Note au D. P. 1915.2.41.
- LALOU. — « Les femmes mariées dans les sociétés anonymes ». *Chronique au D. H.* 1930, p. 49.
- LABBE. — Note au S. 1890.1.49.
- MAZEAUD. — « De la liquidation des Sociétés entre époux ». « *Revue critique de législation et de jurisprudence* » 1928, p. 293.
- NAQUET. — Note au S. 1921.1.207.
- PLANIOL. — Article dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1888, p. 277.
- SAVATIER. — « De la portée et de la valeur du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ». Article dans la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1921, p. 94 et s.
- VOIRIN. — Note au D. 1928.2.169.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Avant-propos	5
Evolution de l'état juridique de la femme mariée.	
<i>a</i> à Rome.....	6
<i>b</i>) dans l'Ancien Droit.....	9
<i>c</i> depuis le Code Civil.....	14
Conclusion	19

PREMIÈRE PARTIE

CONTRAT DE SOCIÉTÉ ENTRE ÉPOUX

CHAPITRE I. — <i>Contrats onéreux entre époux</i>	23
1 ^o Buts de ce chapitre.....	23
2 ^o De quelques décisions jurisprudentielles.....	23
3 ^o De quelques opinions doctrinales.....	24
4 ^o Des arguments invoqués.....	25
5 ^o Critique des arguments.....	25
CHAPITRE II. — <i>La société entre époux devant la jurisprudence et la doctrine</i>	29
1 ^{re} Section. — Des décisions jurisprudentielles et doctrinales	29
1 ^o La jurisprudence	29
2 ^o La doctrine	31
2 ^e Section. — Les textes invoqués pour fonder la prohibition	34
1 ^o Art. 1096 et s.; 1595, 1840, 220 du Code Civil et	
5 du Code de Commerce.....	34

2° Critique de ces arguments.....	35
3 ^e Section. — La société porterait atteinte à l'autorité maritale	38
1° Exposé de la thèse.....	38
2° Critique	38
4 ^e Section. — La société modifierait les conventions matrimo-	
niales	41
1° Les arguments invoqués.....	41
2° Critique	42
5 ^e Section. — Sanctions appliquées aux sociétés entre époux	47
1° Sanctions diverses et illogiques de la jurisprudence	47
2° Notions de société de fait.....	50
Conclusions	52
CHAPITRE III. — <i>Effets des sociétés entre époux</i>	55
1 ^{re} Section. — Les sociétés par actions.....	55
1° Nature juridique du lien qui unit les associés....	55
a) Il y a convention entre chacun des époux et la société	56
b) Le patrimoine des époux n'est pas modifié	56
c) La société doit être considérée comme existant avant sa formation.....	56
2° Les époux peuvent être actionnaires, souscripteurs	57
a) L'action, mode de placement.....	57
b) Les époux, souscripteurs d'origine distincts	58
c) Remarque sur la loi du 24 juillet 1867....	59
3° Nature des apports.....	60
a) Apports de numéraire.....	60
b) Apports en nature.....	60
c) Apports en industrie.....	61
4° Gestion de la société.....	62

<i>a)</i> Nature juridique de la fonction de l'administrateur	62
<i>b)</i> Situation du mari.....	62
<i>c)</i> Situation de la femme.....	63
<i>d)</i> Les époux administrateurs-délégués.....	64
<i>e)</i> Les époux membres des organismes de surveillance	64
5° Des droits des époux dans les Assemblées Générales.....	64
<i>a)</i> Influence de la théorie de la subrogation réelle....	64
<i>b)</i> Influence du régime matrimonial.....	65
2° Section. — Les sociétés par intérêts.....	66
1° Caractères fondamentaux de ces sociétés.....	67
<i>a)</i> Tous les associés sont commerçants.....	68
<i>b)</i> Tous les associés sont solidairement et indé-	
finiment responsables	
2° Des apports	70
<i>a)</i> Dans les régimes de communauté.....	70
<i>b)</i> Dans les régimes séparatistes.....	70
<i>c)</i> Dans le régime dotal.....	70
3° Gestion de la société.....	71
4° Dissolution de la société.....	72
5° Répartition des bénéfices et des pertes.....	73
<i>a)</i> Elle doit être proportionnelle aux apports..	73
<i>b)</i> Même règle à la dissolution.....	74
6° Sociétés fictives impossibles entre époux.....	76
7° Les époux et la société à responsabilité limitée....	78

DEUXIÈME PARTIE

CONTRAT DE TRAVAIL ENTRE EPOUX

CHAPITRE I. — <i>Contrat de travail entre époux devant la jurisprudence et la doctrine</i>	85
Introduction	85

<i>1^{re} Section.</i> — De quelques décisions doctrinales et jurisprudentielles	89
<i>2^e Section.</i> — Le mari ne pourrait pas être le subordonné de sa femme	90
1 ^o L'autorité maritale serait détruite.....	90
2 ^o Critique; la valeur actuelle de cet argument.....	91
<i>3^e Section.</i> — La femme ne pourrait pas être la préposée de son mari.....	95
A. — Le contrat de travail serait contraire à l'esprit de mariage	95
a) Exposé de cette thèse.....	95
b) Comparaison de l'état de mariage et de celui qui découle d'un contrat de travail.....	97
B. — Le contrat de travail serait inutile dans les régimes de communauté.....	100
a) Que faut-il entendre par « travail séparé ? »	100
b) Nécessité d'un contrat de travail.....	105
c) Preuve du contrat de travail entre époux..	105
C. — Le contrat de travail entre époux porterait atteinte aux conventions matrimoniales.....	106
a) D'autres contrats modifient le contrat de mariage	107
b) Effets du contrat de travail sur le contrat de mariage	108
1 ^o Le mari est l'employé de sa femme..	108
2 ^o La femme est l'employée de son mari	110
Conclusion	112
CHAPITRE II. — <i>Effets du contrat de travail entre époux</i>	115
1 ^o Ce sont les effets normaux du contrat de travail.....	115
2 ^o Du droit pour le conjoint salarié d'adhérer à un organisme de défense professionnelle.....	116
a) A un syndicat.....	118

<i>b)</i> L'époux salarié administrateur du syndicat.....	118
<i>c)</i> Du droit de grève.....	119
3° Du droit au congé payé.....	120
<i>a)</i> Caractère d'ordre public de ce droit.....	120
<i>b)</i> Il n'y a pas opposition entre les droits du mari chef de la famille et ceux de la femme, chef d'entreprise	120
4° Du droit aux allocations familiales.....	122
5° Législation sur les accidents du Travail.....	123
<i>a)</i> Il n'y a pas double emploi avec le devoir d'assis- tance des époux.....	124
<i>b)</i> Il n'y a pas atteinte aux conventions matrimoniales	125
<i>c)</i> Les avantages qu'il y a de considérer l'époux sala- rié comme assujetti à la loi de 1898.....	126
<i>d)</i> Les lois d'extension du risque professionnel.....	127
Conclusion	129
Index Bibliographique	131

